



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

GUILHERME ZELENOVSKY
Matrícula 07/47360

A MÁQUINA AUTOMÁTICA DO *SOFTWARE* E SUA FUNÇÃO SOCIAL

Brasília-DF
2013

GUILHERME ZELENOVSKY

A MÁQUINA AUTOMÁTICA DO *SOFTWARE* E SUA FUNÇÃO SOCIAL

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito, no Curso de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Orientador: Prof. Dr. Frederico Henrique Viegas de Lima

Brasília-DF

2013

GUILHERME ZELENOVSKY

A MÁQUINA AUTOMÁTICA DO *SOFTWARE* E SUA FUNÇÃO SOCIAL

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito, no Curso de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Orientador: Prof. Dr. Frederico Henrique Viegas de Lima

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Frederico Henrique Viegas de Lima
Orientador

Prof. Guilherme Sena Assunção
Integrante da Banca Examinadora

Prof. Paulo Rená da Silva Santarém
Integrante da Banca Examinadora

Profa. Dra. Loussia Penha Musse Felix
Suplente

"Não chores meu filho,
Não chores, que a vida
É luta renhida
Viver é lutar!
A vida é combate
Que os fracos abate
Que os forte, os bravos
Só pode exaltar."

Gonçalves Dias

"Lembre-se sempre de quem você é."

Mufasa

Agradeço àqueles a quem sou seu renascimento;

Àquele com quem compartilho as coisas desde a infância;

Ao amigo, que deu-me luz além do direito;

E à faculdade, que me mostrou o que não quero da vida.

RESUMO

A evolução da sociedade trouxe-nos a um momento único na história da humanidade. As distâncias foram reduzidas e todos estamos conectados por uma rede de informação. Em tempo real, somos capazes de compartilhar conhecimentos e críticas sobre qualquer assunto no mundo. A economia estabelece-se não apenas nos meios antigos de produção de riquezas, mas depende hoje das relações ratificadas em meio virtual. Isso foi permitido pelo avanço da informática. O Direito Informático, então, representa todos esses interesses jurídicos presentes no contexto social moderno. Desse modo, incentivar o avanço de tal ciência do direito é garantir a correspondência entre o mundo jurídico e o mundo dos fatos.

Assim, resguardar a propriedade sobre os bens de direito informático é premente àquele Estado interessado em garantir seu desenvolvimento. Entretanto, o Software, bem jurídico fundamental da informática, é negligenciado pelo direito de propriedade intelectual. Isso leva à incerteza sobre a titularidade de tais bens e, conseqüentemente, à confusão jurisprudencial quando há a necessidade de se dirimir conflitos.

Tal confusão pode ser reconhecida em diversas ações judiciais nos Estados Unidos, por exemplo. Algumas empresas, tendo como justificativa a insegurança jurídica, estão pleiteando a titularidade de diversas patentes derivadas de programas de computador (e de outros bens jurídicos) com a intenção de impedir e cercear o mercado e não de resguardar o trabalho intelectual de sua produção. Ou seja, intentam as patentes com o intuito de monopolizar o mercado. Isso significa um domínio do interesse privado sobre o interesse público nas pautas informáticas.

Projetando evitar-se problemas similares no ordenamento brasileiro, busca-se inspiração na jurisprudência americana para encontrar elemento hermenêutico compatível com os anseios do Direito Informático. A separação de *software* em sentido largo em *software* em sentido estrito e em máquina automática de processamento da informação parece uma alternativa viável.

Ao associarmos a titularidade a programas de computador, a função social da propriedade estaria intimamente vinculada. Assim, há elemento que possibilitaria garantir-se maior homeostase na pauta informática.

Palavras-chave: Direito Informático - Máquina Automática - *Software* - Programa de Computador - Titularidade de *Software* - Função Social do Programa de Computador.

SUMÁRIO

Introdução	8
1. Direito Informático como ramo autônomo do direito	18
1.1. O Direito Informático - conceitos e natureza jurídica	18
1.2. O Direito Informático como ciência autônoma do direito	25
1.3. Princípios de Direito Informático	26
1.4. O direito comparado - uma visão da informática no estrangeiro	32
1.5. A proteção jurídica do <i>software</i> - direito autoral x propriedade intelectual	34
1.6. A função social da propriedade - sobre a titularidade dos bens imateriais de natureza informática	39
2. O caso <i>Apple vs. Samsung</i>	41
2.1. Histórico do caso e suas soluções jurídicas	42
2.2. Considerações sobre o processo	46
3. A máquina automática do <i>software</i> e sua função social	51
3.1. O descompasso entre interesses públicos e privados nas pautas informáticas reguladas pelo judiciário	51
3.2. A máquina automática e o <i>software</i> em sentido estrito	53
3.3. A função social da máquina automática como exegese para garantir-se a homeostase de interesses públicos e privados	56
4. Conclusões	57
Referências Bibliográficas	58

INTRODUÇÃO

Hoje somos todos um só.

Em uma época de mundo globalizado as informações viajam tão rapidamente que mal podemos acompanhá-las e as revoluções são "combinadas" pelas plataformas de redes sociais. O trabalho ganhou uma perspectiva mais inimista onde os escritórios não são tão necessários e os matrimônios são motivados por "encontros" virtuais.

Debates tratando da evolução da civilização para o mundo Global ou das razões que nos levaram a ela existem aos montes. E o direito - em razão da máxima *ubi ius ibi sociatas, ubi sociatas ibi ius* - encontra lugar comum em todos eles. Podemos citar aqui não apenas trabalhos de juristas, mas o de historiadores, antropólogos, cientistas políticos, filósofos. Então, houve (e ainda há) a preocupação de se entender como nossa sociedade chegou a este momento.

Entretanto, tão importante quanto o fim de tais , devem ser lembrados os meios. Os novos instrumentos sempre foram as bases das novas revoluções. Quando o homem foi capaz de desenvolver as máquinas, a revolução industrial foi possível. O mesmo aconteceu com o surgimento dos computadores e da internet, possibilitando a troca rápida de informações, encurtando as distâncias e oportunizando a globalização das relações.

O direito manifesta-se nesse ponto pelos direitos autoral e de propriedade intelectual, sendo estes responsáveis por assegurar aos inventores a justa exploração de seus inventos e também por incentiva-los à constante busca por novos meios de inovação.

Diga-se justa exploração em razão de tais ciências do direito, pois há também um fator de ordem pública nessa proteção - baseado no princípio constitucional da função social da propriedade. O resguardo de direitos nunca pode interromper o processo de inovação, tão importante para o crescimento e desenvolvimento da sociedade.

A proteção na forma de patente não pode extrapolar a função de resguardo e submetê-la a uma "proteção a todo custo". O aspecto privado dos direitos de propriedade não deve sobrescrever o interesse público da manutenção da continuidade inovativa.

O sistema de patentes e proteção intelectual deve ser homeostático com a sociedade à qual serve, no qual o interesse de exploração comercial, por aqueles que detenham os direitos de patente, não crie entraves na liberdade criativa de novas tecnologias. O interesse público social deve freiar e contrapesar o interesse econômico privado.

Não poderia existir a possibilidade, por exemplo, de assegurar à alguém a patente sobre a mesa enquanto tábua apoiada sobre 4 pernas, em razão da generalidade da proteção e da falta de atividade inventiva. Mas o uso de técnica para aprimorar o objeto (como o desenho industrial ou um novo modelo de utilidade) devem ser garantidos pelo direito de propriedade intelectual.

Nesse cenário, a justiça tem papel fundamental na manutenção de tal dicotomia - interesse privado contra interesse público. Sendo assim, o direito extrapola o simples papel de incentivar a continuidade inventiva e de garantir aos inventores a exploração de seus inventos, mas também passando a ter a função de regular tais relações, não permitindo que uma se sobressaia à outra.

Pensando agora na evolução da sociedade, o tema "patente" é cada vez mais importante nas sociedades evoluídas. Não vivemos mais sob a batuta de um déspota ou imperador, nem a economia baseia-se em máquinas ou jornadas de trabalho de 16 horas.

Hoje o mundo é informatizado, globalizado. É possível fazer negócios na China desde um computador aqui no Brasil sem mesmo aproximar-se das Grandes Muralhas. O mundo avançou com o auxílio do computador e da internet; e o meio pelo qual essas relações ocorrem é pelos programas de computador - chamados *softwares*.

Essa grande facilidade de realização de negócios em qualquer escala acaba por possibilitar que pequenas empresas - com apenas 2 ou 3 funcionários, baixo

orçamento e uma boa idéia - compitam com as gigantes. Caso do próprio *Facebook*, que começou suas atividades dentro da própria universidade e desbancou as plataformas de redes sociais do gigante *Google*.

Essas pequenas empresas - chamadas de *startups* - são, no cenário atual, o grande motor de renovação da economia e garantem sobrevivência ao processo de renovação do mercado.

Dentro desse paradigma, surge o Direito da Informática como ciência autônoma do direito, que cuida da regulação e do estabelecimento de princípios nesse campo importante ao processo econômico (e por que não social) do mundo.

Entretanto, em razão da juventude desse ramo do direito ou da senilidade dos órgãos jurisdicionais - há de se levar em conta que nem o Digesto romano nem o Código de Napoleão tratavam do assunto -, vem notando-se uma certa incompatibilidade entre os interesses privados e públicos na área.

O que se percebe é o uso da justiça e da proteção de patentes, pelas grandes empresas, para desmotivar e até mesmo barrar o avanço das pequenas *startups*, e até das grandes empresas, por meio de processos judiciais de quebra de propriedades intelectuais.

Em entrevista, a advogada e criadora do *Firefox* - navegador de internet - Mitchell Backer alerta que "quem deveria escolher o que sobrevive ou não nas lojas é o consumidor, não juízes e advogados"¹.

O debate ganha notoriedade nos dias atuais com a verdadeira guerra que mobiliza os tribunais americanos entre as gigantes da tecnologia Apple, Motorola e Samsung. O debate gira em torno da exclusividade de produção e exploração de um novo seguimento de computadores: os *tablets*.

Conceitualmente, *tablets* são dispositivos computacionais que por usarem telas sensíveis ao toque dispensam o emprego de botões físicos. Ora, - e já adiantando posicionamento a ser justificado ao longo da presente pesquisa - assegurar a proteção de

¹ BAKER (2012, p.17)

patente à categoria "*tablet*" a alguma empresa seria o mesmo que garantir a alguém a patente da mesa.

O objetivo velado das empresas que disputam tal contenda judicial é a de impossibilitar qualquer outra a lançar seu próprio produto na categoria, o que significa uma negação ao paradigma que essas próprias grandes empresas propagam ao mundo: inovação constante.

Ao limitar a exploração de determinado seguimento de produto é limitar a expansão econômica e tecnológica, como continua Backer: "ficaríamos todos, empreendedores, cientistas e consumidores, reféns de um pequeno grupo de empresas"².

É dessa forma que se abrem as possibilidades de debates na área de direito da informática. Qual o real limite do interesse individual na propriedade intelectual? O Estado - e o Mundo - não deveriam preocupar-se igualmente com a perpetuação da capacidade inventiva? A supervalorização da contenda judicial resulta em proteção de interesses justos e eqüitativos para além daqueles que se estabelecem na relação processual?

Os questionamentos são muitos. E as possibilidades, também.

Antes porém de iniciar discussão sobre os problemas da harmonização da dicotomia público x privado na questão das patentes e de direito da informática, faz-se necessária - ainda que superficial e não exhaustivamente - traçar primeiras linhas sobre conceitos de patente e direito da informática.

Como já ressaltado, os bens intelectuais são extremamente importantes não apenas à sociedade atual, mas para a caminhada do progresso principalmente desde o Renascimento³.

O direito presta-se a transformar o bem intelectual em bem juridicamente protegido. O que não significa que, ao tornar-se coisa para o direito, esta seja a única forma de encará-lo. Gladston Mamede ressalta que "as expressões propriedade

² BAKER (2012, p.20)

³ MAMEDE (2012, p.210)

intelectual ou propriedade industrial devem ser compreendidas em sentido largo, fugindo à idéia latina de de que a propriedade é titularidade sobre uma coisa (*res*), bem jurídico material, corpóreo, seja imóvel ou móvel, passível de uso (*ius utendi*), de fruição (*ius fruendi*), de posse (*ius possiendi*), de reivindicação de quem a detenha ilegítimamente (*ius vindicandi*), de alienação (*ius disponendi*) e, até, de abuso (*ius abutendi*)"⁴.

E continua: "Melhor seria, portanto, falar-se em titular do bem intelectual (marca, patente, etc)⁵" e, em razão do disposto no artigo 5º da Lei 9.279/96 e artigo 83, III do Código Civil, "tem-se que a titularidade sobre o bem intelectual se faz, em regra, por instrumento privado"⁶.

Fica evidente, desde já, que em razão da titularidade do bem ser garantida pela outorga estatal (que é obtida por instrumento privado) é responsável o Estado por assegurar que tal requisição não obste os próprios interesses estatais. Assim, deve-se levar em conta o fator social da concessão, que é justamente a garantia de não obstaculizar a capacidade inventiva e atribuir ao bem intelectual um valor além daquele requerido pelo particular.

Dessa feita, temos que a patente é elemento da titularidade do bem intelectual, assim como a marca ou o direito de autor; todos estes incutidos de função que extrapola interesse individual.

Na definição mais formal, de acordo com o artigo 8º da Lei 9.279/96, a patente é o instrumento obtido pelo registro da invenção ou modelo de utilidade que garante a titularidade sobre bem intelectual que apresente novidade, atividade inventiva e aplicação industrial.

A novidade é definida se o bem intelectual está ou não incutido no estado da técnica (artigo 11 da Lei de Propriedade Industrial). Por assim dizer, "uma invenção atende ao requisito da novidade se é desconhecida dos cientistas ou pesquisadores especializados. Se os *experts* não são capazes, pelos conhecimentos que possuem, de descrever o funcionamento de um objeto, o primeiro a fazê-lo será considerado o seu

⁴ MAMEDE (2012, p.213)

⁵ Idem

⁶ Idem

inventor"⁷. Assim, caso o invento não esteja presente nesse estado da técnica, o bem intelectual terá o fator novidade.

Mas presta-se analisar ainda a atividade inventiva e a aplicação industrial. A primeira diz sobre a necessidade de esforço intelectual para o avanço dos recursos existentes para o invento. Ou seja, a invenção não pode decorrer de modo óbvio do estado da técnica. O segundo e último requisito, diz sobre a capacidade do invento ser industrializável, ou seja, que possa ser produzido e comercializado.

Fabio Ulhoa Coelho destaca ambos os requisitos de forma muito clara. Sobre o requisito da atividade inventiva diz que "para ser patenteável a invenção, além de não compreendida no estado da técnica (novidade), não pode derivar de forma simples dos conhecimentos nele reunidos"⁸. E sobre o requisito da atividade inventiva, completa que tal condição "se reputa atendida quando demonstrada a possibilidade de utilização ou produção do invento, por qualquer tipo de indústria"⁹.

Em linhas gerais, portanto, a invenção, ao atender tais condições, é passível de patentiabilidade. Entretanto, existem algumas exceções que o doutrinador nacional optou por colocar. A própria Lei de Propriedade Intelectual estabelece, em seu artigo 10º, que em algumas hipóteses apenas a autoria é garantida, mas a "possibilidade de concessão de um privilegio na exploração econômica do que se inventou"¹⁰ fica afastada.

Uma delas é justamente a proteção dos *softwares* ou programas de computador. Estes são regulados por outra legislação, a Lei dos Programas de Computador (Lei 9.609/98).

Como já ressaltado, os meios informáticos foram (e ainda são) o ponto de mudança do paradigma atual de sociedade e economia. O presente trabalho visa a uma análise justamente das perspectivas que os tribunais encaram tal patenteabilidade desses meios e os reflexos sociais e econômicos das posturas judiciais no contorno da continuidade da inovação tecnológica e na perpetuação do desenvolvimento do cenário atual.

⁷ COELHO (2009, p.150)

⁸ COELHO (2009, p.152)

⁹ COELHO (2009, p.153)

¹⁰ MAMEDE (2012, p.215)

Desde já, então, vale apresentar perspectiva hermenêutica sobre a Lei de *Softwares* brasileiro.

Logo em seu artigo 1º, estabelece a definição de *software*:

"Programa de computador é a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico ou de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados"¹¹.

E complementa com o artigo segundo:

"O regime de proteção à propriedade intelectual de programa de computador é o conferido às obras literárias pela legislação de direitos autorais e conexos vigentes no País, observado o disposto nesta Lei"¹².

Há aqui uma clara distinção entre o programa de computador e a máquina que executa tal programa. Mesmo que a máquina seja igualmente um conjunto de códigos ou instruções, o fator chave é o emprego necessário. Este é o liame subjetivo que difere o que é propriedade do autor e o que é passível de ser patenteável.

Para exemplificar com a mesma idéia (vide Capítulo 2), os *tablets* não passam de nova categoria de plataforma de interação computacional. O direito de autor resguardado ao *tablet* é o de combinar elementos estéticos, de utilidade, de função. E o patenteável é a maneira como as informações externas são decodificadas e expressas em resultados.

Ou seja, a forma de interação atualmente reivindicada pelas grandes empresas do ramo de tecnologia é a interação usuário-interface por meio dos próprios dedos e uma tela sensível ao toque. Entretanto, o que defende-se aqui, é a

¹¹ BRASIL, Lei 9.609/98.

¹² BRASIL, Lei 9.609/98.

impossibilidade de garantir-se a exclusividade de comercialização dessa forma de interação, vez que não é a "máquina automática de tratamento da informação", conforme a Lei de *Softwares*. O que é passível de patente é a forma como esse aparelho decodifica o estímulo do toque na tela em informação que o usuário compreende.

Os próprios manuais de Direito Empresarial ressaltam tal distinção. No disposto na Lei 9.609/98 "trata-se de direito de autor e não de patente, embora possa-se patentear programa de computador que seja de uso específico de uma criação maior, qualificável como invenção ou modelo de utilidade" ¹³.

E além do exposto em norma, há o intrínseco fator social da patente, que guarda sua origem nos princípios de direito. Mas quais são eles?

A propriedade de um bem intelectual, como já dito, é garantida pelo Estado a um particular com a intenção de garantir a exploração econômica de invenção para lourear aquele que a tornou possível, mas sem deixar de lado a garantia de continuidade inventiva.

Portanto, a patente deve ser analisada de acordo com a área do direito na qual a invenção está imersa, em razão do princípio da utilização da norma mais específica para dirimir conflitos. Por isso, com a intenção de esmiuçar a questão de patentes no universo da informática, devemos iniciar com o estudo do Direito de Informática enquanto ciência autônoma do direito, do qual será possível extrair princípios e diretrizes necessárias à boa análise da matéria.

O Direito da Informática nasceu justamente da necessidade de regular as relações que decorrem da utilização do computador e da internet. Conceitualmente, o Direito Informático é "o conjunto de normas e instituições jurídicas que pretendem regular aquele uso dos sistemas de computador - como meio e como fim - que podem incidir nos bens jurídicos dos membros da sociedade; as relações derivadas da criação, uso, modificação, alteração e reprodução dos *softwares*; o comércio eletrônico, e as relações humanas realizadas de maneira *sui generis* nas redes ou via internet"¹⁴.

¹³ MAMEDE (2012, p. 216)

¹⁴ PAIVA (2003, p.3)

O exposto será tratado com mais paciência no capítulo 1, tanto os princípios gerais quanto a natureza jurídica do Direito Informático, além da comparação desse ramo do direito com a doutrina alienígena.

Então, como último esforço de determinar a diretriz do presente estudo, vale estruturar o problema a ser enfrentado.

Hodiernamente, há a disputa judicial sobre a titularidade de bens intelectuais na área de informática, entretanto, nota-se um descompasso (ou esquecimento) entre os interesses privado e público na concessão de patentes para essa área em razão da desinformação dos tribunais e da novidade da matéria.

Isso vem prejudicando a continuidade inventiva já que o limite da proteção aos bens concernentes à informática, ao ser extrapolado para os interesses privados, acaba por desmotivar o surgimento de novas alternativas.

O desrespeito à função social da propriedade - intelectual, que seja - leva a prejuízos não apenas para os concorrentes que disputam a titularidade da exploração do bem em juízo, mas tanto para aqueles que o consomem quanto para aqueles que nele vislumbram inspiração para a produção de novos inventos.

Eis o problema: a negligência do fator social, tanto na concessão de patentes quanto na contenda judicial sobre sua titularidade, leva a uma dificuldade na renovação inventiva e polariza os mercados.

Portanto, espera-se deste trabalho, em primeiro lugar, mostrar que há realmente o descompasso entre o interesse público e privado na judicialização das patentes no Direito da Informática. Em segundo lugar, encontrar fundamentos para embasar a mudança de paradigma, para uma situação mais homeostática; e, por fim, reconhecer diretriz única que deveria respaldar tanto a concessão de patentes quanto as decisões dos Tribunais.

Tendo o problema e a direção de onde se quer chegar, há de ver-se o caminho.

O capítulo 1 (Direito da Informática como ramo autônomo do Direito) se presta a posicionar o direito da informática como ramo autônomo do direito e determinar seus princípios fundamentais. Também, a observar o comportamento do Direito Informático no direito comparado e focalizar a questão dos programas de computador e sua especial regulação no direito nacional.

O capítulo 2 (O Caso Apple x Samsung) se presta a demonstrar a realidade do tribunal norte americano, por meio da exposição de jurisprudência e processos em curso. Demonstrar o cenário atual das contendas judiciais sobre a titularidade de bens intelectuais na área da informática, analisando o que se pleiteia, os argumentos, e os requerimentos de cada processo.

E por fim, o capítulo 3 (A máquina automática de *software* e sua função social) se presta a analisar os reflexos dos processos judiciais nos próprios conceitos de propriedade intelectual do programa de computador. Definir, igualmente, uma separação entre *software* em sentido estrito e em sentido lato; e demonstrar a necessidade de atribuir-se função social ao programa de computador para garantir-se equilíbrio entre o interesse estatal e individual na concessão de patentes.

"Estamos prontos, icemos rápido as velas, pois o mar há de ser grande e maior que vossos sonhos".

1. DIREITO INFORMÁTICO COMO RAMO AUTÔNOMO DO DIREITO

Conforme já ressaltado, modernamente, há discussão judicial sobre as titularidades de patentes no ramo da informática, área tão importante para o desenvolvimento do mundo como o compreendemos. Sendo assim, o direito informático deve se revestir de nova força para enfrentar os paradigmas, vez que surgem mais rapidamente do que são compreendidos ou solucionados.

Para entrar na questão de patentes e sua concessão pelo Estado e entender suas consequências, devemos não apenas valemo-nos do exame de casos. Antes, deve-se levar à minúcia a análise do direito informático como ramo autônomo do direito. Assim, pode-se apresentar argumento melhor fundamentado sobre a concessão de patentes de bens intelectuais do ramo informático, já que a área específica do direito é quem deve sustentar os princípios para a resolução desses embates.

1.1. O Direito Informático - conceitos e natureza jurídica.

O interesse do Direito pela informática advém da indissociável relação dos interesses informáticos com os próprios interesses do Estado já que, hodiernamente, não é mais possível imaginar o contexto social sem associar-lhe os paradigmas cibernéticos.

Entretanto, apesar da importância dos meios informáticos para nossa sociedade "doutrinadores tradicionais negam de imediato a existência do Direito Informático como disciplina autônoma do Direito, devido tão somente ao estatismo e a resistência no desenvolvimento. Outros entendem que as novas situações que envolvem a informática devem ser compreendidas como um meio e não um fim, ou seja, não são mais que reflexos de condutas reguladas, razão pela qual se enquadram em disciplinas jurídicas tradicionais, sem que requeira legislar sobre novas normas, postura que nem sempre é tão simples e nem tão correta" ¹⁵.

Mas, mesmo com a flagrante relutância que ainda há em relação ao Direito Informático, "é indiscutível a urgente necessidade de regular aqueles campos da atividade

¹⁵ PAIVA (2003, p.2)

informática que carecem de Direito vigente aplicável"¹⁶. Tanto é assim que já está sendo discutido no congresso o marco regulatório civil da Internet, o principal ambiente no qual se revela o Direito Informático, assunto que será abordado nas páginas seguintes.

Evidente, portanto, a divergência doutrinária acerca do posicionamento do Direito da Informática na dogmática jurídica. Dessa feita, trazer os conceitos e instituições próprias do Direito Informático é pedra fundamental na tentativa de solucionar lacunas de ordenamento e fazer emergir as necessidades - teóricas e práticas - da disciplina das relações imersas no campo cibernético.

Como já ressaltado na introdução do presente trabalho, a evolução da sociedade levou os dias atuais a uma relação íntima com os ambientes virtuais criados pela informática. Seria pretender em demasiado declarar o perfeito encaixe das normas civis vigentes com o novo contexto criado pela revolução digital. Houve mudança desde a forma como contratos - grande expressão civil da vontade particular - são firmados pelo meio eletrônico até a definição de propriedade daquilo que usa a Internet como meio de promoção.

O reconhecimento de dogmas e institutos únicos do Direito Informático seria apenas reflexo da necessidade estatal em regular tão importante parcela do comportamento social moderno. Assim sendo, "a informática deve estar estruturada por certas regras e critérios que assegurem o cumprimento e respeito às pautas tecnológicas do Estado. Assim pois, nasce o Direito Informático (...), que trata da relação Direito e Informática até o ponto de vista do conjunto de normas, doutrina e jurisprudência, que venham estabelecer e regular em sua complexidade as ações, processos, aplicações e relações da informática"¹⁷.

Diante desse cenário, é simples reconhecer a dificuldade que alguns juristas encontram em decretar a autonomia do Direito Informático. Tal ramo do direito "envolve praticamente todos os ramos da ciência jurídica. Presenciamos problemas e discussões nos campos da privacidade, direitos autorais, crimes, tributação, documentos, provas, contratos, processo, consumo, eleições, entre outros"¹⁸.

¹⁶ PAIVA (2003, p.2)

¹⁷ PAIVA (2003, p.3)

¹⁸ CASTRO (2007, cap.6)

A interdisciplinaridade do Direito Informático é, ao mesmo tempo, a necessidade e a dificuldade para dar-lhe título de ramo autônomo do direito. Necessidade em razão da quantidade de diferentes condutas sociais que podem encaixar-se nos preceitos do Direito Informático. Assim, exige-se unificação dos conceitos para garantir-se estabilidade jurídica aos ditames dos interesses informáticos – públicos ou particulares. E dificuldade justamente por, aparentemente, todas as condutas de Direito Informático estarem disciplinadas em outros ramos do Direito e seus respectivos ordenamentos. Dessa feita, há relutância de juristas em aceitarem ou identificarem os conceitos e metodologias próprias do Direito Informático.

Nesse sentido, Renato Borruso diz que: “Se o jurista se recusar a aceitar o computador, que formula um novo modo de pensar, o mundo, que certamente não dispensará a máquina, dispensará o jurista. Será o fim do Estado de Direito e a democracia se transformará facilmente em tecnocracia”¹⁹.

Daqueles doutrinadores que já aceitaram a realidade, alguns apresentaram conceitos sobre o Direito Informático. O procurador da fazenda pública Aldemário Araújo Castro conceitua o Direito Informático como “disciplina que estuda as implicações e problemas jurídicos surgidos com a utilização das modernas tecnologias da informação”²⁰. Dessa forma, Aldemário vincula o Direito Informático com as modernas formas de difusão e uso da informação e estabelece o vínculo jurídico por meio da solução dos conflitos advindos de discussões acerca do referido tema. Entretanto, dizer que o Direito Informático serve apenas para apasiguar conflitos atinentes às pautas tecnológicas seria retirar a força de uma ciência jurídica em flagrante expansão.

Melhor define o Direito Informático Mário Antonio Lobato de Paiva afirmando que **“o Direito Informático é o conjunto de normas e instituições jurídicas que pretendem regular aquele uso dos sistemas de computador – como meio e como fim – que podem incidir nos bens jurídicos dos membros da sociedade; as relações derivadas da criação, uso, modificação, alteração e reprodução do software; o comércio eletrônico e as relações humanas realizadas de maneira *sui generis* nas redes, em redes ou via internet”**²¹. Assim, tem-se maior abrangência de conceito, englobando desde o estudo dos institutos próprios desse ramo do Direito até os reflexos

¹⁹ PAESANI (2012, p.2)

²⁰ CASTRO (2007, cap.6)

²¹ PAIVA (2003, p.3)

dos paradigmas enfrentados no mundo cibernético em outras esferas do comportamento social.

Definido assim o Direito Informático, cabe identificar então os bens jurídicos tutelados, em um esforço de construção de identidade autônoma de ramo de Direito. De acordo com os conceitos de Direito Informático, não reside dificuldade em identificar as máquinas informáticas como bem jurídico em excelência do Direito Informático. Mas, existem alguns desdobramentos na perspectiva jurídica. Existem as máquinas propriamente ditas – chamadas de *hardwares* – compostas de transistores, placas de circuitos e resistores. São a expressão física do bem jurídico tutelado pelo Direito Informático.

“Com o termo hardware, costuma-se indicar, dentro de um sistema informático, a parte física, ou seja, o conjunto de circuitos e unidades que o compõem. A unidade *hardware*, por excelência, de um sistema informático é o elaborador eletrônico ou computador, em sentido estrito”²².

Uma segunda perspectiva, são os programas que executam ações automáticas usando os *hardwares* como meio de difusão. São os chamados *softwares*, que cumprem a expressão imaterial do bem jurídico tutelado pelo Direito Informático.

O *software* é definido na doutrina como “instrumento que transforma ferragens em computador e consegue dar logos, ou seja, alma e pensamento a uma máquina e a transforma num elaborador de informações”²³. Agora com uma definição legislativa norte-americana, o Computer Software Copyright Act 1980 traz o *software* como “a set of statements or instructions to be used directly or indirectly in a computer in order to bring about a certain result”²⁴.

Por fim, ainda pode-se vislumbrar um terceiro desdobramento. As relações oriundas e típicas do manuseio e uso dos *hardwares* em conjunto com os *softwares* acabam por formar um grande potencial de compilação, reprodução e inteligência das informações, ou seja, ao unir-se *hardwares* com os *softwares* surge um sistema

²² PAESANI (2012, p.11)

²³ PAESANI (2012, p.12)

²⁴ Idem

informático capaz de realizar operações e produzir resultados inteligíveis ao ser humano que o controla.

Borruso explica que o sistema informático é “um complexo unitário de máquinas com funções diferenciadas, com extraordinária capacidade de memorizar qualquer tipo de dado e, portanto, de incorporar pensamento passado ou presente, capacidade de operar em velocidade e quantidade escapam da possibilidade de um controle humano e que, por consequência, se transforma numa inteligência artificial operativamente superior às próprias faculdades do homem que a criou”²⁵.

Têm-se, então, o *hardware* o *software* e o sistema informático como bens jurídicos compondo a máquina informática por excelência, complementado assim o conceito já estabelecido de Direito Informático. Vê-se agora a necessidade de determinar a natureza jurídica do Direito Informático e posicioná-lo na ciência do direito.

Grande controvérsia subsiste, também, sobre a natureza jurídica do Direito Informático. Nas bases romanas, a dicotomia direito público x direito privado ganha suas origens e justificativas doutrinárias. O direito público seria a representação e expressão da coletividade, ao passo que o direito privado seria a busca pela garantia dos interesses individuais.

Na lição de Carlos Ari Sundfeld, “o direito privado é formado pelo conjunto de normas regendo as relações dos indivíduos entre si, dentro do Estado-sociedade (relações de família, relações dos comerciantes entre si e entre comerciantes e seus clientes, relações entre locador e inquilino, e outras mais); enquanto o direito público é formado pelo conjunto de normas que regulam as relações entre Estado e indivíduos (Estado-servidor, Estado-empresa etc.), (...) da organização do próprio Estado, através da divisão de competências entre os vários órgãos e das relações entre Estados”²⁶.

Atualmente, a dicotomia público-privado adquiriu outra roupagem e representa o contraponto entre relações de subordinação – direito público – e relações de coordenação – direito privado. Ou seja, o direito público seria aquele que ditaria regras de conduta sem a possibilidade de adequação e modificação de tais regras pelo acordo de

²⁵ PAESANI (2012, p.13)

²⁶ SUNDFELD (2006, p.24-25)

vontades dos particulares, o que é premente no direito privado. Obviamente, a doutrina moderna não atribui rigorismo teórico à distinção. Nesse sentido, Mário Antonio Lobato de Paiva diz que “no direito público, consideram-se prevalentemente (não exclusivamente) os interesses públicos e no direito privado consideram-se prevalentemente (não exclusivamente) os interesses privados; ou pelo critério da tipicidade: no direito público as relações típicas são de subordinação e no direito privado as relações típicas são de coordenação”²⁷.

Nesse sentido, buscar melhor enquadramento dos ditames do Direito Informático nessa classificação didática resulta em alguns questionamentos de ordem teórica. Considerando que o Direito Informático trata – desde a regulação da matéria até a jurisprudência - dos desdobramentos advindos da aplicação e desenvolvimento da informática, podem ser citadas duas principais vertentes nas quais a própria informática interessa-se, igualmente interessantes, portanto, à ciência jurídica. São, em primeiro lugar, o “desenvolvimento adequado da indústria Informática, buscando a extensão e propagação da mesma. E de outra perspectiva, já não focando a regulação dos instrumentos informáticos, senão a regulamentação de sua aplicação; em outras palavras, se refere ao direito de manejo lícito dos instrumentos informáticos”²⁸.

Dessa forma, identificam-se dois principais interesses da matéria informática que apresentam perspectivas diferentes no paradigma público x privado. O primeiro deles, o interesse no desenvolvimento adequado da indústria informática, reflete precipuamente ações que advêm dos próprios agentes privados que encontram-se atuantes na área informática. Ou seja, tais agentes privados, atuando em coordenação, conseguem perceber e ratificar a ordem jurídica. Apesar do desenvolvimento adequado poder ser garantido por política pública – como uma redução fiscal de produtos informáticos – percebe-se que o elemento privado prevalece sobre o elemento público no reflexo jurídico proveniente.

Tendo isso em vista, pode-se fazer referência “ao Direito Informático Privado, ou seja, Direito Informático de caráter privado, já que existem inúmeras situações que são de caráter privado, como por exemplo, o contrato eletrônico, o contrato informático, o comércio eletrônico, o documento eletrônico, e assim um sem número de

²⁷ PAIVA (2003, p.5)

²⁸ Idem

figuras jurídicas pertencentes ao âmbito particular ou privado, nos quais se permitem esse acordo de vontades, chave para determinar a existência do Direito Informático Privado”²⁹.

Em segundo lugar, há o interesse na regulamentação da aplicação das pautas informáticas. Sob tal ponto de vista, é premente a regulação em relação de subordinação com o particular. Os interesses estatais concorrem com os particulares. Sendo assim, há necessidade estatal de regular subordinadamente as pautas informáticas, não apenas para conservar os princípios da livre concorrência ou do não monopólio, mas igualmente para que, de forma positiva, o Estado resguarde que o interesse público também subsista no contexto da informática.

Nesse sentido, “a introdução da informática tem sido altamente indispensável para a organização da sociedade atual, já que a população mundial tem avançado extraordinariamente, colocando os aspectos tecnológicos em uma categoria de poder. Esse poder a que se faz menção é aquele que permite o Estado, não só ter o controle de si mesmo e fazê-lo competitivo na comunidade mundial, mas também e inclusive dar-lhe soberania para que possa auto afirmar-se Estado ou nação. Assim, afirma-se que é indiscutível, estreita e importante relação que existe entre o Direito Informático e o Estado; produzindo conseqüências ao bem coletivo decorrendo a existência de uma espécie de Direito Informático (...) de caráter público”³⁰.

Percebe-se, então, uma complexidade em definir a natureza jurídica do Direito Informático. Tanto assim, o Marco Regulatório Civil da Internet está dividido em três eixos: 1. Direitos Individuais e Coletivos; 2. Responsabilidade dos atores; e 3. Diretrizes Governamentais. Claramente, os dois primeiros eixos trazem conceitos concernentes a um Direito Informático Privado, enquanto o terceiro eixo dedica-se integralmente a assunto de Direito Informático Público.

Até o próprio legislador coloca em um mesmo diploma a dualidade sobre a dicotomia público x privado na matéria. Nada que obste, entretanto, seu posicionamento como ramo autônomo da Ciência do Direito.

1.2. O Direito Informático como Ciência Autônoma do Direito.

²⁹ PAIVA (2003, p.6)

³⁰ PAIVA (2003, p.5)

Tendo delimitados os conceitos, bens jurídicos e a natureza jurídica, há respaldo mínimo para definir o Direito Informático como ciência autônoma do direito. Diversos autores afirmam que a autonomia de um ramo do Direito subsiste quando há objeto e metodologia próprias.

Aldemário Araújo Castro resolve muito bem a questão – em consonância com o que foi ressaltado anteriormente – ao dizer que “o Direito Informático teria como objeto o fato jurídico onde a presença, como suporte fático, de elementos da informática ou da telemática é fundamental. A metodologia específica envolveria: a) a regulamentação legal da informática reclamando uma técnica legislativa de cláusulas ou princípios gerais, ante a dinâmica frenética das inovações tecnológicas e b) a técnica de interpretação jurídica aplicada para definir o conteúdo, o sentido e o alcance das norma aplicáveis, privilegiando uma exegese de cunho evolutivo”³¹.

A despeito da aparente clareza dos termos apresentados, ainda demonstra-se na doutrina alguma relutância em concordar com a autonomia do Direito Informático. Critica-se tal autonomia, em primeiro momento, por uma íntima dependência de outros ramos do Direito. Também critica-se em razão da suposta falta de conteúdo do Direito Informático.

Mas ao atentar-se para a principal questão concernente à recusa do Direito Informático como ciência autônoma do Direito, observa-se que a jovialidade do ramo é o entrave a fundamentar as demais críticas. Ora, as *Pandectas*, obviamente, não tratavam a informática como bem de interesse do Direito Romano; o mesmo ocorre com as bases do direito germânico ou do sistema do *Common Law*.

Como avisa Mário Antonio Lobato Paiva, “o nascimento de um ramo jurídico surge em consequência das relações sociais refletidas em soluções normativas no transcurso dos anos. Porém resulta que, no caso do Direito Informático, não houve esse transcorrer do tempo no que concerne às relações sociais. O que houve foram transformações bruscas ocorridas em exíguo espaço temporal, como consequência do

³¹ CASTRO (2007, cap. 6)

impacto da informática na sociedade, logrando-se sociedades altamente informatizadas”³².

Ou seja, visto que há tanto objeto e metodologia próprias do Direito Informático, afirmar que não existe autonomia em razão da modernidade da disciplina seria desconsiderar que novos dogmas poderiam surgir na ciência jurídica em consequência da constante evolução das relações sociais. Além disso, o próprio Direito Informático fundamenta-se na rápida e constante evolução de seu objeto – como os correios eletrônicos, os debates eletrônicos, o comércio eletrônico, os centros de pesquisa, o tele-emprego e até o voto pela internet³³. Assim, se o Direito deve refletir os aspectos sociais em uma melhor adequação para a boa positivação de condutas sociais, considerar-se o fator jovialidade e velocidade dos bens jurídicos do Direito Informático é, não apenas necessidade, mas imprescindibilidade.

1.3. Princípios de Direito Informático.

Como o próprio Dworking ressaltava, o estudo da ciência do direito passa pelo estudo dos princípios a ele concernentes³⁴. O embasamento teórico de disciplina jurídica resguarda íntima ligação com suas pedras fundamentais, ou seja, os elementos que garantem a autonomia de ramo do direito – objeto e metodologias próprias – apenas fazem sentido quando associados a diretrizes inquestionáveis que regulariam toda a cientificação de acordo com sua própria dogmática – os princípios.

No Brasil, ao este adotar sistema de direito baseado em ordenamento nacional unificado hierarquicamente superior às demais formas legislativas – a Constituição Federal – faz-se mister apontar primeiramente os princípios aproveitados da Carta Constituinte pelo Direito Informático.

Devem ser lembrados, principalmente, o Princípio Democrático, o Princípio da Publicidade e o Princípio da Função Social da Propriedade.

O primeiro, o Princípio Democrático, deve ser percebido como elemento fundamental presente no norte norte de qualquer disciplina jurídica, justamente por

³² PAIVA (2003, p.4)

³³ PAESANI (Direito e Internet, p.13-14)

³⁴ DWORKING (2000)

significar a modernidade do desenvolvimento da ciência jurídica. “O compromisso democrático expresso no artigo primeiro da Constituição – o Estado Democrático de Direito – é um princípio fundamental de nosso ordenamento jurídico e, como tal, fornece uma pauta válida para avaliarmos toda iniciativa estatal ou particular. Por ser princípio fundamental, sua abrangência é a maior possível. Alcança potencialmente todo ato, toda política pública, toda instituição. Democracia deve ser aqui entendida tanto como um ideal a ser implementado, quanto um índice que viabiliza comparações entre situações mais ou menos ‘democráticas’³⁵.”

Sendo assim, ao considerar que o Direito Informático possua, em razão da natureza de seus objetos, uma maior evolução de conceitos em curto espaço de tempo, é premente a necessidade de garantir-se maior participação social na formação desses conceitos. Entenda-se maior participação social como um olhar sempre muito atento do legislador aos novos paradigmas criados pela revolução digital, evitando enrigimento normativo ou um descompasso entre ordenamento e realidade social.

O segundo princípio constitucional presente nos ditames de Direito Informático é o Princípio da Publicidade. Como um desdobramento do Princípio Democrático, não há democracia se não houver transparência de seus meios. O mesmo dita as bases do Direito Informático. Em um ambiente no qual a virtualização das relações é o paradigma, destacar a importância do Princípio da Publicidade é fator necessário. Sendo assim, tal diretriz se faz presente para garantir que todas as relações existentes no Direito Informático pautem-se em igualdade de condições daquelas relações ocorridas nos demais ramos do Direito. Nesse sentido de aliar a boa prática democrática aos ditames típicos da organização dos agentes do Estado, “se decisões importantes, ou mesmo informações capazes de alterar decisões, são subtraídas do conhecimento e participação do povo, o processo de deliberação democrática estará comprometido. O estado democrático de direito também. O princípio constitucional da publicidade é fundamental para que estas duas necessidades da democracia social sejam satisfeitas”³⁶.

O terceiro princípio talvez seja o mais importante desdobramento constitucional para o Direito Informático, o Princípio da Função Social da Propriedade. O

³⁵ ARGUELHES, SOUZA E FALCÃO (2007, p.35-36)

³⁶ ARGUELHES, SOUZA E FALCÃO (2007, p.42)

artigo 5º e o artigo 170 da Constituição Federal estabelecem a função social da propriedade.

“Art. 5º(...)

XXIII – a propriedade atenderá a sua função social”

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

III – função social da propriedade.”³⁷

Ve-se então, uma dupla função do princípio da função social da propriedade. O primeiro trata apenas de uma previsão fundamental na constituição, enquanto o segundo reforça o fundamento ao explicitar e formalizar a função social da propriedade nas relações econômicas. Dos objetos do Direito Informático, apenas um deles – o *hardware* – tem características de objeto físico propriamente dito. Entretanto, o elemento propriedade também recai sobre os *softwares* e os sistemas informáticos. Nesse sentido, Falcão, Souza e Arguelhes advertem que “o fato é que a constituição não restringe o imperativo da função social apenas à propriedade de bens imóveis”³⁸, mas também aos bens materiais.

Assim, considerando o Princípio da Função Social da Propriedade como consequência dos Princípios da Publicidade e da Democracia, vislumbra-se a possibilidade de defender-se um fator social, por exemplo, à concessão de patentes por parte do Estado aos particulares, justamente por ambos os agentes terem um interesse naquela concessão. O particular em receber os proventos e exclusividade de exploração de seu invento, enquanto o Estado, em garantir o desenvolvimento democrático, público, igualitário e que este respeite os fatores da função social da propriedade.

Doutrinariamente, Mário Antonio Lobato Paiva determina a existência de 5 princípios típicos do Direito Informático: a) Princípio da Existência Concreta, b) Princípio da Racionalidade, c) Princípio da Lealdade, d) Princípio da Intervenção Estatal e e) Princípio da Subsidiaridade.

³⁷ BRASIL, Lei 9.906/98.

³⁸ ARGUELHES, SOUZA E FALCÃO (2007, p.55)

O Princípio da Existência Concreta estabelece a prevalência das relações ocorridas fora do meio virtual em detrimento das que ocorrem dentro dele. Ou seja, não se estabelece aqui uma relação de subordinação na importância ou validade das relações travadas em diferentes meios, mas apenas ressalta a importância de garantir-se a verdade fática das manifestações no Direito Informático. “Significa, o referido princípio, que em caso de discordância entre o que ocorre na prática e o que surge de documentos e acordos deve-se dar preferência ao que sucede nos terrenos dos fatos. O desajuste entre os fatos e a forma pode evidenciar a simulação de uma situação jurídica distinta da realidade viciada por um erro na transmissão de dados e informações”³⁹.

O Princípio da Racionalidade, por sua vez, diz respeito ao ditame de respeitarem-se as relações ocorridas no meio virtual da mesma forma como as ocorridas fora dele. Presta-se a limitar o uso dos objetos do Direito Informático a uma racionalidade presente em todas as manifestações civis, por exemplo. Isso se deve, principalmente, em razão das incontáveis maneiras de preverem-se as ações no campo do Direito da Informática. “Trata-se como se vê, de uma espécie de limite ou freio formal e elástico ao mesmo tempo, aplicável naquelas áreas do comportamento onde a norma não pode prescrever limites muito rígidos, nem em um sentido, nem em outro, e sobretudo onde a norma não pode prever a infinidade de circunstâncias possíveis”⁴⁰.

O Princípio da Lealdade, associando a racionalidade e a concretude das relações, preceitua que as manifestações do Direito Informático devem basear-se na boa-fé. A virtualidade das relações deve subsistir apenas no campo formal, já que o Direito estabelece, por tábula rasa, a igualdade de subordinação às normas legais qualquer forma de estabelecimento de fatos e atos jurídicos seja qual for a forma como eles se apresentam. Independentemente da ciência jurídica, “para traduzir o interesse social de segurança das relações jurídicas, diz-se, como está expresso no Código Civil Alemão, que as partes devem agir com lealdade e confiança recíprocas. Em uma palavra, devem proceder com boa-fé. Indo mais adiante, aventa-se a idéia que entre o credor e o devedor é necessária a colaboração, um ajudando o outro na execução do contrato. A tanto, evidentemente, não se pode chegar, dada a contraposição de interesses, mas é certo que a conduta, tanto de um como de outro subordina-se a regras que visam a impedir que uma parte dificulte a ação da outra”⁴¹.

³⁹ PAIVA (2003, p.9)

⁴⁰ PAIVA (2003, p.10)

⁴¹ PAIVA (2003, p.10)

O Princípio da Intervenção Estatal também representa importante diretriz no Direito Informático. Ainda sob a doutrina de Mário Antonio, o princípio significa “a intervenção direta do Estado para garantir efetivamente as relações virtuais, não só visando assegurar o acesso a produtos e serviços essenciais, mas para garantir qualidade e adequação dos produtos e serviços (segurança, durabilidade, desempenho)”⁴². Dessa feita, acrescente-se outra vertente do referido princípio: o do poder Estatal de coordenar seus próprios interesses na pauta tecnológica com o dos particulares. Em conjugação com o princípio da Função Social da Propriedade, o Princípio da Intervenção Estatal completa-se no sentido de atribuir a todos os bens tutelados pelo Direito Informático, não apenas uma responsabilidade de haver a manutenção de diretrizes econômicas – como o não monopólio – mas igualmente a possibilidade de, em conjunto com os demais ramos do Direito, garantirem-se os preceitos civis, do consumidor, concorrenciais dentro dos paradigmas do Direito Informático.

Assim, com base nesse contexto, há fundamento teórico para defender-se uma função social na concessão de patentes aos bens jurídicos do Direito Informático, tema do presente trabalho e que será abordado no capítulo 3.

Prosseguindo, por fim, no estudo dos princípios de Direito Informático, há o Princípio da Subsidiaridade. Apesar de defender-se a autonomia do Direito Informático como ciência do Direito, a jovialidade da matéria ainda não permitiu que o legislativo consagrasse bases legais sólidas para ditar os preceitos do Direito Informático. Dessa forma, deve-se adotar, com caráter subsidiário, normas provenientes de outros ramos do direito para dirimir os casos do Direito Informático.

Considerados os princípios constitucionais e doutrinários, ainda resta uma última análise sobre as contribuições que o Marco Regulatório Civil da Internet⁴³ traz na questão principiológica do Direito Informático. Dentro dos três eixos propostos pelo Marco, podem ser extraídos alguns princípios expressos em direitos individuais e coletivos. O primeiro deles é o da Privacidade. Com vários desdobramentos, tem embasamento constitucional no artigo 5º. Visa a proteção e resguardo da vida privada em um meio no qual as informações são amplamente difundidas e de fácil acesso, além de possibilitar

⁴² PAIVA (2003, p.11)

⁴³ Disponível em <<http://culturadigital.br/marcocivil/files/2009/11/Texto-base-marco-civil.pdf>>. Acesso em: 5 de Março de 2013

eventual responsabilização por infringir-se o direito de privacidade. Outro desdobramento interessante do princípio da privacidade trazido no texto do marco regulatório é o da inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações. Ora, se tal preceito encontra correspondência na constituição federal, seria uma incongruência não consagrá-lo nos ditames de Direito Informático. Ele prescreve que, apesar do caráter virtual e impessoal das informações transmitidas pela internet, estas devem ser equiparadas a correspondências propriamente ditas e estendidas às virtuais todas as garantias das reais.

Por fim, vale ressaltar outro dos princípios descritos no Marco Regulatório: o Princípio da Acessibilidade. Este, vinculado ao Princípio da Intervenção Estatal, tem sua principal expressão na garantia do acesso ao Direito Informático tendo em vista sua indissociabilidade com o desenvolvimento social. Assim, preceitua-se que além do Direito Informático ter de representar todas as manifestações dos objetos, metodologias e pautas informáticas, deve também preocupar-se com que seus meios sempre estejam disponíveis – desde o incentivo de políticas até a repercussão jurisprudencial – já que representam o progresso na modernidade.

Definidos então, conceitos, natureza jurídica, autonomia e princípios do Direito Informático. Temos arcabouço teórico para iniciar o estudo da proteção jurídica do *software* – tema deste trabalho.

1.4. – O Direito Comparado - Uma Visão da Informática no Estrangeiro

No sentido agora de qualificar as bases teóricas com as experiências jurídicas estrangeiras com informática, faz-se mister a comparação com o direito alienígena para absorver-lhe todo o conteúdo significativo no intento de expandirem-se os horizontes ideológicos sobre o tema da proteção jurídica do *software*.

Como já ressaltado, o sistema informático apresenta características muito diferentes de outras áreas da economia. A volatilidade das certezas no campo informático é muito acentuada e os paradigmas mudam com maior velocidade do que se pode acompanhá-las. Sendo assim, o Direito deve revestir-se da mesma agilidade para responder aos anseios das pautas informáticas e dinamizar, de acordo com seus princípios, as relações sociais, que aspiram por regulação.

O sistema do *Common Law*, baseado nas decisões dos tribunais, que estabelecem, como um todo, uma verdadeira jurisprudência vinculante, permite tal ajuste em curto tempo da reposta do Direito às inovações trazidas pela informática. “Por conseguinte, é compreensível que os EUA, país de *Common Law*, dotado de recursos econômicos e tecnológicos imensos, tenha sido o pioneiro a difundir o computador na vida social e econômica, e o primeiro a assistir ao nascimento de fato de um novo ramo do Direito: *Computer and the Law*”⁴⁴.

Sendo os Estados Unidos o pioneiro em difundir a existência de um direito voltado à busca de soluções no campo da informática, não é difícil imaginar que – em razão de um maior dinamismo do sistema do direito e da difusão da matéria enquanto autônoma – este tenha influenciado sobremaneira os demais agentes internacionais na questão do Direito Informático. Tanto é que “internacionalmente, o *Computer and the Law* suscitou o interesse das mais prestigiosas organizações, entre as quais: *Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle* (OMPI), que elaborou projetos relativos aos problemas levantados pelo *software*. Em matéria de Direito Industrial, a *Association Internationale pour la Protection de la Propriété Industrielle* (AIPPI) e a *Ligue Internationale Contre la Concurrence Deloyale* (LICCD) dedicaram ao tema numerosos congressos internacionais”⁴⁵.

A comunidade européia, vendo a iminente necessidade de acompanhar o paradigma norte-americano e para não causar um “sucateamento jurídico”, teve de adaptar seus ditames da *Civil Law* de acordo com as características do Direito Informático. Assim, estabeleceu, dentre outras iniciativas, o programa ESPRIT (*European Strategic Program for Research in Information Technology*), que, na vertente jurídica, tratava justamente de retirar a rigidez típica do sistema de direito baseado nos conjuntos legislativos possibilitando ao Direito Informático uma maior adequação aos assuntos, sempre inovadores, da informática; além do evidente intento de elaborar-se um direito transnacional compatível com a identidade da Comunidade dos Estados Europeus.

Nesse contexto, a UE esforçou-se para determinar uniformidade na regulamentação dos bens informáticos sendo eles protegidos pelo Direito Autoral ou pelo Direito de Propriedade Intelectual. A escolha foi pela adoção – como na maioria dos

⁴⁴ PAESANI (2012, p.21)

⁴⁵ PAESANI (2012, p.22)

países – pelo Direito de Autor: “a partir de 1993, a proteção do *software* pelo Direito Autoral foi harmonizada pelos membros do Conselho da Europa. A versão atual das diretivas entre os Estados-membros são as seguintes: a) Classificação do *software* como trabalho literário, b) Definição de originalidade, c) Estabelecimento de princípios iguais de proteção, de acordo com a Convenção de Berna e d) Permissão de confidencialidade (*reverse engineering*) em determinadas circunstâncias”⁴⁶.

Entretanto, conforme estuda-se a seguir, a adoção dos critérios de Direito Autoral para regular a proteção dos *Softwares* são um tanto questionáveis e não prestam-se a solucionar diversas questões importantes para o bom estabelecimento do Direito Informático e de seus princípios. A exemplo, se o Direito Autoral preceitua apenas a utilização da obra e não sua reprodução, como qualificar aquele que instala programa em seu computador? Este está apenas utilizando-o ou reproduzindo-o? Do ponto de vista técnico, o usuário acaba por copiar – com a devida autorização – em seu disco-rígido todas as combinações de código fonte resultando em cópia idêntica àquela da pessoa que desenvolveu o programa. Esse questionamento elementar mostra desde já a fragilidade da estrita conexão do Direito Autoral com a proteção jurídica dos bens materiais de Direito Informático.

Continuando a vista aos ditames estrangeiros sobre a Informática, o Mercosul – no mesmo intuito da UE de construir bases homogêneas sobre o estudo da matéria - também preocupou-se em tratar da matéria. Entretanto, por razões diplomáticas acordo algum foi firmado entre os países-membros e, em razão disso, “não conseguiram pôr fim às divergências que dificultam a harmonização das leis no novo cenário continental. Além das diferenças de ordem tributária, figura entre os principais entraves o tratamento desigual dado ao *software* pelos países”⁴⁷. Mas, mesmo que não exista nenhuma diretriz comum ao Mercosul na regulação da matéria informática, há sistema de solução de controvérsias, para o qual pode-se recorrer: o Protocolo de Olivos. Assinado em 2002, trata-se de um procedimento arbitral no qual, “exauridas as medidas diplomáticas sem um consenso entre as partes interessadas, todo Estado-membro, parte na controvérsia, comunica à secretaria administrativa sua intenção de recorrer (...). Este, por sua vez, transmite ante um Tribunal Arbitral *ad hoc*, constituído para solucionar controvérsias, e que emite, ao final, um laudo arbitral sobre o caso específico”⁴⁸.

⁴⁶ PAESANI (2012, p.24)

⁴⁷ PAESANI (2012, p.24)

⁴⁸ PAESANI (2012, p.25)

1.5. A Proteção Jurídica do *Software* – Direito Autoral x Propriedade Intelectual.

A proteção jurídica do *Software*, bem jurídico típico do Direito Informático, é questão premente em todos os países que se importam com a regulação dos interesses informáticos. Entretanto, há um grau de divergência enorme em relação aos seus conceitos, seja pela modernidade da disciplina, seja pelos diversos cenários na difusão dos meios informáticos. E o debate que mais demanda esforço de exegese é o posicionamento sobre a proteção do *Software* ou no Direito de Autor ou no Direito de Propriedade Intelectual.

Duas são as principais diferenças entre as tutelas do Direito Industrial e do Direito Autoral: 1) quanto à origem do direito e 2) quanto à extensão da tutela.

Sobre o primeiro aspecto, Fábio Ulhoa Coelho ressalta que “a exclusividade na exploração do bem imaterial conferida pelo direito industrial decorre de um ato administrativo. O inventor e o designer somente titularizam o direito de exploração exclusiva da invenção, modelo ou desenho, após a expedição de patente. (...) Em outros termos, o ato administrativo pelo qual o inventor ou o empresário tem reconhecido o seu direito industrial é de natureza constitutiva. (...) A consequência imediata da definição é clara: o direito de exclusividade será titularizado por quem pedir a patente ou o registro em primeiro lugar”⁴⁹. Então, Ulhoa diferencia a origem do direito na tutela do direito autoral: “Já em relação aos bens que integram a propriedade autoral, a regra não é esta. O direito de exclusividade do criador de obra científica, artística, literária **ou de programa de computador** não decorre de algum ato administrativo concessivo, mas da criação mesma”⁵⁰. Ou seja, quanto à origem do direito, a diferença entre Direito Industria e Direito Autoral reside na primeira advir de ato constitutivo e no segundo, de mera prova da anterioridade.

Quanto à extensão da tutela, continua: “O direito industrial protege não apenas a forma exterior do objeto, como a própria idéia inventiva, ao passo que o direito autoral apenas protege a forma exterior. Se alguém apresenta ao INPI um pedido de patente, descrevendo de maneira diferente uma invenção já patenteada, ele não poderá

⁴⁹ COELHO (2009, p.144)

⁵⁰ COELHO (2009, p.145)

receber o direito industrial que pleiteia. **Isto porque a propriedade, neste caso, está protegida como a idéia de que decorre a invenção.** Ao seu turno, no campo do direito autoral, coíbem-se os plágios, ou seja, a apropriação irregular de obra alheia, tal como ela se apresenta externamente”⁵¹.

O *software*, conforme as definições apresentadas, é um conjunto de combinações de códigos inteligíveis à máquina que o processa, retornando informações compreensíveis à quem controla o programa. Vez que estruturado em linguagem técnica e comum àqueles que conhecem a atividade da programação, não apresenta características, em sua estrutura, da atividade estética de quem o produziu. Vale ressaltar também que todo o código fonte do programa de computador não é direcionado ao intelecto humano, mas sim à compreensão da máquina. Assim, pode-se considerar o Programa de Computador não dotado de características estéticas - o que o excluiria do direito autoral – e impossibilitado do catálogo no registro das invenções – em razão dos acordos firmados internacionalmente.

Portanto, “indaga-se se essa obra, que é um bem intelectual de crescente utilidade e de valor econômico incalculável, há de ficar à margem do amparo do direito por não se adaptar perfeitamente ao direito autoral e ao direito da propriedade industrial. Será necessário legislar a esse respeito, proclamando-se um novo direito intelectual análogo ao direito autoral ou ao direito sobre as invenções? Tal situação implicaria precariedade não condizente com o direito. Entre os problemas abordados, encontrou-se o de saber se a proteção jurídica seria concedida no seio do *Direito das Patentes* ou do *Direito de Autor*”⁵².

Essa incompatibilidade sobre os meios de direito que prestam-se a garantir a proteção jurídica dos programas de computador resulta em uma insegurança, não apenas para aqueles que desenvolvem ou utilizam *softwares* no dia a dia, mas também nas relações jurídicas que permeiam a atividade da informática. Dessa forma, devem ser imaginadas soluções para tal incompatibilidade e evitar que continue desamparado (ou mal acompanhado) tutela do bem jurídico de excelência do Direito Informático. Sempre que questões assim surgem no direito, melhor é aplicar-se a interpretação analógica na busca de uma alternativa paliativa para a estabilidade jurídica.

⁵¹ COELHO (2009, p.146)

⁵² PAESANI (2012, p.38)

No sentido de corroborar a crítica sobre os meios de proteção jurídica do *software*, cita-se a doutrina da advogada Liliana Minardi Paesani. “Comprovado que a simples extensão das normas do direito autoral ao programa de computador não atende às necessidades que as peculiaridades de tal obra criam, para que a proteção deferida não resulte em insegurança das relações jurídicas, o recurso à analogia impõe-se como medida de salvação momentânea dos interesses dos programadores e de seus usuários. (...) Ora, o fato de se recorrer à analogia, para se obter a aplicação das regras de direito autoral na proteção dos programas de computador, demonstra que esse tipo de obra humana não é de todo idêntico às obras regulamente protegidas por aquele direito. (...) Nesse ponto é esclarecedora a posição adotada pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI): ‘É manifesto que, quando um programa de computador é utilizado para fazer funcionar um computador, a proteção que a lei sobre direito de autor prevê levanta todas as dificuldades imagináveis: fixação, reprodução, publicação, qualidade de autor, etc. e coloca-se a questão fundamental de saber se o programa entra de maneira conveniente na categoria definida do direito de autor’”⁵³.

Evidente, portanto, a inadequação do programa de computador com as diretivas de sua proteção jurídica. Mesmo assim, tanto no Brasil – regulado pela Lei 9.906/02 – quanto no estrangeiro, aplica-se o direito autoral como base para direcionar a exegese sobre o assunto. Mas o intento aqui é demonstrar possíveis incompatibilidades e projetar conjecturas, mesmo que apenas no campo das idéias.

Dessa feita, considerando que a titularidade do bem intelectual traz ao conceito jurídico outras concepções além da proteção econômica, aplicar o direito de propriedade intelectual ao programa de computador seria uma maneira de garantir que fosse considerada uma função social ao conceder-se qualquer patente de *software*.

No Brasil, o instituto que rege a proteção jurídica dos programas de computador é a Lei 9.609/98 – a Lei do *Software*. Este, em seu artigo 1º, apresenta a definição para *Software*: “é a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos,

⁵³ PAESANI (2012, p.39-40)

instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados”⁵⁴.

Com a devida vênia, e a despeito do dispositivo da lei do *Software* que trata da adequação dos programas de computador ao direito autoral, alguma inovação na exegese da referida lei pode ser feita, principalmente em razão da referida instabilidade jurídica relacionado ao paradigma direito de propriedade intelectual x direito autoral.

O texto legal supra-mencionado refere-se a dois diferentes tipos de objetos, que em conjunto entregariam a informação e os fariam “funcionar de modo e para fins determinados”. Esses dois objetos são a) o “conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada” e b) as “máquinas automáticas de tratamento da informação”. Ainda no texto legal, vê-se que o *Software* propriamente dito é o primeiro objeto, enquanto o segundo seria o modo pelo qual são processadas as informações.

Sendo assim, o texto da lei ainda explicita – não em *numerus clausus* – algumas possibilidades das referidas “máquinas automáticas”, constando os “dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos”. E continua dizendo que tais máquinas devem ser baseadas em “técnica digital ou análoga”. Claramente, a letra da lei não menciona em nenhuma hipótese a necessidade de tais dispositivos serem bens materiais. Ou seja, placas de circuitos ligadas por fios de cobre e associadas a transistores, que por processo químico conseguem controlar a entrada e saída de impulsos elétricos gerando a linguagem informática.

A lei abre espaço para que próprias combinações de códigos sejam reconhecidas como máquinas automáticas, mas que não são de “emprego necessário” em qualquer tipo de dispositivo ou equipamento. Ou seja, estabelecem processo de decodificação da informação mas não são dotadas do elemento “emprego necessário”, caracterizador do *Software*. Um programa de computador comunica-se, para retornar informações inteligíveis aos seres humanos – por diversos módulos de atuação, como a forma que se acessa um banco de dados, a maneira como o servidor retorna uma informação entregue pelo usuário, como são resolvidos problemas do gerenciamento de contas. A maioria desses módulos já vem “pré-fabricados” pelas empresas que desenvolvem a linguagem computacional. Entretanto, um programa diferencia-se de outro

⁵⁴ BRASIL. Lei 9.906/98

pela maneira com a qual se estrutura o conjunto desses módulos, formando-se realmente uma arquitetura de processamento de dados. Tal arquitetura é que depende de atividade inventiva do profissional da área de programação. Essa máquina de processamento de dados é que, de maneira automática, comunica-se com um “conjunto de instruções em linguagem codificada ou não”. Tal conjunto de instruções seria justamente o elemento que apresentaria os resultados retirados da máquina da maneira que melhor aprofundasse ao desenvolvedor do produto. Tanto é assim, que utilizando-se de uma mesma máquina automática podem ser fabricados dois programas totalmente diferentes. O uso de máquina para retornar mensagens instantâneas pode ser usado para embasar tanto o *Facebook* quanto os módulos de *Push* dos tribunais nacionais.

Exemplificando, tanto o *Facebook* quanto o programa que gerencia os *Push* dos tribunais têm o fator de direito autoral enquanto “conjuntos de instruções em linguagem codificada” que “funcionam de modo e para fins determinados”. Tais modos e fins são determinados justamente pela “máquina automática” que é formada por conjunto de instruções codificadas que, combinadas com a devida arquitetura, projetam resultados semelhantes mas por processos totalmente distintos e que dependeram da atividade inventiva dos respectivos desenvolvedores.

Logo, o que aventa-se é um reconhecimento de dois objetos integrantes dos programas de computador *latu sensu*. O primeiro deles seria o voltado para o fim comercial ou acadêmico que ordena às máquinas automáticas quais os resultados que melhor se adaptam ao objetivo desejado – o que encaixa-se nos ditames de direito autoral. O segundo, seria justamente a inteligência inventiva como tais módulos entregues pelos criadores das linguagens programacionais formariam as máquinas automáticas de processamento da informação.

Deveria existir alguma maneira de valorizar-se o empenho do desenvolvedor de *softwares* garantindo-lhe a titularidade do que foi inventado. Analogicamente, ao comparar-se o programador com um engenheiro mecânico, por exemplo, a anomalia jurídica fica mais evidente. Por que as melhorias de motores, que são feitas com um conjunto de peças automobilísticas disponíveis amplamente no mercado, podem ser registradas como propriedade intelectual e os programas de computador – advindos de uma combinação de códigos de linguagens igualmente conhecidas e que também representam a atividade inventiva do profissional – não podem fazer o mesmo?

A despeito do devaneio de exegese, caso fosse classificado como propriedade, o *Software* poderia resguardar outras características importantes para a continuidade e respeito não apenas dos interesses particulares, mas também da pauta informática pública, introduzindo em seu conceito, por exemplo, uma função social sobre a propriedade do programa de computador.

1.6. A Função Social da Propriedade – Sobre a Titularidade dos Bens Imateriais de Natureza Informática.

Mais que princípio de Direito Informático, a Função Social da Propriedade permeia todos os campos do direito transcendendo inclusive o fato de ser premissa constitucional para, hoje, estar incutido nos próprios costumes. Talvez, associado com o desajuste da proteção dos *softwares*, enquanto inseridos nas perspectivas do direito autoral, atribuir aos programas de computador a disciplina de propriedade intelectual – e consequentemente o aspecto titularidade sobre o bem – possibilitaria a formalização da figura da função social da propriedade intelectual sobre tais bens imateriais, da mesma forma que acontece com bens imóveis por exemplo. Ao fazer-se isso, novas diretivas – tanto públicas, na concessão quanto particulares, no requerimento – relacionadas às políticas de atribuição da titularidade sobre bens imateriais de Direito Informático seriam reconhecidas. Por exemplo, evitaria-se uma proteção “à todo custo” por parte de empresas grandes não de propriedades mas de inteiros seguimentos de mercado – como o apresentado na introdução do presente trabalho: o do seguimento dos *tablets*.

Dessa forma, cria-se um liame doutrinário para solucionar a questão aventada sobre os programas de computador. Tendo em vista a já dita incompatibilidade dos meios de proteção jurídica pelo direito autoral, atribuir à máquina que processa as informações do *software* às características do direito de propriedade intelectual seria o mesmo que dar a característica de titularidade a um bem material. Consequentemente, atuaria, assim, a função social da propriedade como uma maneira de estabilizar a dicotomia público x privado nas relações de Direito Informático.

Eis então o estabelecimento do marco teórico e seu desdobramento para a solução do problema do presente trabalho. Feito isso, faz-se mister agora apresentar jurisprudência a fim de aplicar a construção doutrinária aos casos reais.

CAPÍTULO 2 – O CASO APPLE VS. SAMSUNG

Certamente, haveria um *iter* na construção de qualquer raciocínio caso apenas fosse valorizada a análise teórica e conjuntural da exegese defendida; faz-se necessário também um olhar prático a demonstrar e a elucidar eventuais abordagens jurisprudenciais. Em um apanhado, defende-se um reconhecimento do *Software* – enquanto a arquitetura técnica de módulos de função – como bem jurídico protegido pelo direito de propriedade industrial. Dessa feita, seria possível conceder-lhe a característica da titularidade – assim como é feito para os *Hardware*s – para, conseqüentemente, submetê-lo aos desdobramentos civis da propriedade, como a função social – tão difundida nos bens jurídicos em geral. Tudo isso, para garantir uma maior homeostase entre os agentes públicos e privados nas pautas informáticas, para que não haja qualquer tipo de abuso de direito.

Não há, conforme já justificado, como buscar discussão sobre esse debate em jurisprudência nacional, seja em razão da insipiência da matéria no Brasil seja em razão da lógica inexistência da necessidade de tutela jurisdicional para solucionar lides que ainda não se manifestaram no direito pátrio. Assim, buscar caso que incorpore todo esse conjunto de concepções em direito alienígena é mais que vaidade, mas necessidade.

E não há melhor *precedential case* que atenda a tal demanda que o caso que corre no *United States Court of Appels for the Federal Court* tratando de problemas sobre patentes e a proibição de comercialização de produtos em decorrência do infringir de tais patentes: o processo *Apple Inc. Vs. Samsung Electronics Co.*

Vale ressaltar que o presente trabalho não se presta apenas à analisar as perspectivas do direito nacional mas também à encontrar argumentos que corroborem com a tese em questão: de que a patentiabilidade das máquinas necessárias dos programas de computador é importante pois lhe agregaria o fator titularidade, que implicaria em garantir a função social aos *Softwares*, e isso representaria um avanço na proteção dos interesses públicos concernentes ao Direito Informático. Dessa feita, não há qualquer problema em buscar, em qualquer sistema jurídico, tais argumentos e soluções.

2.1 – Histórico do Caso e suas Soluções Jurídicas

O caso, protocolado sob o número 2012-1105, corre na corte recursal para assuntos federais dos Estados Unidos. Trata-se de recurso na ação que busca interromper a comercialização de 4 produtos: o *Samsung Galaxy S 4G*, o *Samsung Infuse 4G*, o *Samsung Galaxy Tab* e do software integrante de ambos os *smartphones* e *tablet*, sob o pretexto de violarem quatro patentes antes requeridas pela *Apple Inc.*

As patentes em questão são: a) o registro de patente D593.087 que requer a titularidade do design estabelecido por um *"bezel surrounding the perimeter of the phone's front face and extending from the front of the phone partway down the phone's side"*⁵⁵. O segundo registro b) sob o número D618.677 requer a patente sobre *"a black, highly polished, reflective surface over the entire front face of the phone"*⁵⁶. Estas são as particularidades das patentes, que contém em uma mesma descrição, o requerimento de *"a minimalist design for a rectangular smartphone consisting of a large rectangular display occupyiing most of the phone's front face. The corners of the phone are rounded. Aside from a rectangular speaker slot above the display and a circular button below the display"*⁵⁷.

O terceiro registro requer, c) sob o número D504.889, a patente sobre *"a rectangular tablet with a polished reflective surface extending to the edge of the front side of the device. Within that surface, broken lines delineate a slightly smaller rectangular display area. The front face of the patented design has rounded corners, and a thin bezel surrounds the front face along its perimeter. The front face has no ornamentation, buttons, speaker slots, holes, or raised surfaces. The back and sides of the design are also claimed; the figures depict a flat, unadorned back transitioning into the sides through a rounded-over edge"*⁵⁸.

Por fim, a *Apple* requisitou patente, d) sob o número 7.469.381, de faculdade de *software* chamado de *"bounce-back feature"* que se faz presente nos produtos iPhone e iPad. Esta propriedade de *software* é ativada quando o usuário, ao final de um documento, movimenta o cursor no sentido de verificar se há ainda algo para ser

⁵⁵ ESTADOS UNIDOS (2012, p.3)

⁵⁶ ESTADOS UNIDOS (2012, p.4)

⁵⁷ ESTADOS UNIDOS (2012, p.6)

⁵⁸ ESTADOS UNIDOS (2012, p.7)

visualizado no documento em questão. O programa entende que não há mais nada do documento para ser mostrado então retorna, em movimento elástico, o final do documento para que caiba na tela do aparelho. Na definição constante da patente, foi requerido *"a computer-implement method, comprising: at a device with a touch screen display: displaying a first portion of an electronic document; detecting a movement of an object on or near the touch screen display; in response to detecting the movement, translating the electronic document displayed on the touch screen display in a first direction to display a second portion of the electronic document, where in the second portion is different from the first portion; in response to an edge of the electronic document being reached while translating the electronic document in the first direction while the object is still detected on or near the touch screen display: displaying an area beyond the edge of the document, and displaying a third portion of the electronic document, wherein the third portion is smaller than the first portion; and in response to detecting that the object is no longer on or near the touch screen display, translating the electronic document in a second direction until the area beyond the edge of the electronic document is no longer displayed to display a fourth portion of the electronic document, wherein the fourth portion is different from the first portion"*⁵⁹.

Em resumo, a *Apple* requisitou patente para a) as bordas em formato minimalista, b) uma película com alto grau de reflexão que cobre toda a frente do telefone, c) **o seguimento dos tablets** e d) uma funcionalidade de programa de computador que trata do modo de visualizar-se um documento tanto em telefones quanto em *tablets*.

Com o processo, em primeira instância no dia 1º de Julho de 2011, foi feito o pedido para suspender a venda dos referidos produtos da *Samsung* por violação das patentes expostas. Alegou que, ao serem violadas as titularidades, haveria perda incalculável de mercado além do desprestígio da marca da requerente.

Já vale aqui destacar parte da decisão e mostrar os fatores usados pelo judiciário americano para analisar o pedido preliminar de suspensão. Os julgadores elencaram quatro fatores que deveriam ser considerados na análise do mérito da causa: a) se o reclamante tem manifesta sorte de alcançar a tutela garantida preliminarmente em decisão final, b) se o reclamante poderia sofrer dano irreparável, c) se, em termos de equidade, o reclamante tem prejuízo e d) **se o interesse público estaria garantido**

⁵⁹ ESTADOS UNIDOS (2012, p.8)

quando da concessão da suspensão. Vê-se, então, que o próprio judiciário, ao verificar a titularidade de todas as patentes, atribui-lhes em momento final a função social da propriedade.

Nesse contexto, quanto à primeira patente (D'087), o tribunal norte-americano questionou a validade da patente pois ela não abordava questões funcionais. Além disso, há uma patente anteriormente registrada no Japão da *Samsung* que descreve, em similaridade, o requerido pela empresa americana. Dessa forma, a corte distrital não encontrou motivos para garantir no mérito o pedido de suspensão da comercialização dos produtos da empresa coreana e negou violação da primeira patente em questão.

Entretanto, quanto à segunda patente (D'677), em associação à primeira, foi entendido que apresentava, aos olhos de observador comum, uma similaridade tanto do telefone celular *Galaxy S 4G* quanto do *Infuse 4G*. Mas, a primeira instância rejeitou o pedido preliminar com o argumento de que não foi demonstrado que a *Apple* sofreu dano irreparável. Ou seja, houve um reconhecimento da possibilidade de violação de patente, mas rejeitou-se no mérito pois o dano irreparável não ficou evidenciado. Nos próprios termos da decisão, *"Apple made two arguments in suport of its claim of irreparable harm. First, it argued that Samsung's sales eroded Apple's design and brand distinctiveness, resulting in a loss of goodwill. Second, it argued that Samsung's sales took sales away from Apple and resulted in Apple's losing market share. Apple argued that those losses would be difficult to quantify and that monetary damages thus would not be adequate to compensate it for thhe injuries caused by Samsung's infringement."*⁶⁰.

A corte distrital recusou tais alegações sob o pressuposto de que não há liame subjetivo entre a distinção de *design* e o dano irreparável. Ainda, ressaltou que a empresa americana não apresentou fatos que ligassem a perda de mercado com a suposta violação de patente de design. Em termos de equidade de ação, a corte verificou que o requerimento proposto pela *Apple* não pretende estabelecer equilíbrio pelo suposto dano da violação de patente, mas sim de substancialmente ser prejudicial à *Samsung*. Por fim, reconheceu que o interesse público volta-se para a neutralidade, ou seja, para a regulação do mercado pelo próprio mercado, sem a necessidade de qualquer contrapeso judicial⁶¹. Por isso, rejeitou sumariamente o pedido quanto à segunda patente.

⁶⁰ ESTADOS UNIDOS (2012, p.9)

⁶¹ ESTADOS UNIDOS (2012, p.11-12)

A terceira patente (D'889), que trata do seguimento *tablet*, traz perspectiva interessante para melhor argumentar sobre a dicotomia interesse público x interesse privado na concessão de patentes. Num primeiro momento, a corte distrital conduziu julgamento de forma similar ao argumentado sobre dano irreparável quanto as duas primeiras patentes. Foram verificadas a verossimilhança e nexos entre o alegado pela Apple. A corte reconheceu que, em razão do mercado de *tablets* ser dominado por ambas as empresas (Apple e Samsung), seria flagrantemente prejudicial que houvesse violação de patente pois, evidentemente, haveria prejuízo caso um produto "copiasse" o outro. A parcela de mercado perderia suas fronteiras e haveria confusão de produtos e marcas. Dessa feita, o dano irreparável foi reconhecido.

Entretanto - e de forma muito sábia -, a corte distrital não concedeu a suspensão da comercialização do *Galaxy Tab*. **Isso se deu pois a própria validade da patente foi questionada, motivada pela obviedade do requerimento sob a análise da combinação de elementos da vanguarda minimalista e de referências do estado da arte tecnológica.** Nos termos da decisão: "*At the outset of its obviousness analysis, the court characterized the visual impression of the patented design as a 'broad, simple design that gives the overall visual impression of a rectangular shape with four evenly rounded corners, a flat glass-like surface without any ornamentation, a rim surrounding the front surface, ... a flat black panel that rounds up near the edges, and an overall design that creates a thin form factor'*"⁶². Dessa feita, a corte trouxe, à corroborar com seu entendimento, que diversos seguimentos da patente requerida pela Apple já haviam sido patenteadas por outras empresas. Assim, a patente D'889 seria apenas uma união desses diversos seguimentos, o que dá motivos ao questionamento de sua validade.

Assim, ao passar para a análise da quarta patente ('381), a corte distrital manteve sua linha de exegese sobre os temas da própria concessão. **Determinou a validade da patente** e que a Apple logrou êxito em demonstrar sua eventual violação ao apresentar que seu produto diferenciava-se de outros já patenteados e que a Samsung teve dificuldade de demonstrar a diferença entre seu programa de computador e o da empresa americana; logo, a Apple demonstrou manifesta sorte de ter seu pedido acolhido em decisão final. Entretanto, em coerência com as decisões sobre as outras patentes, a corte distrital não vislumbrou a existência de dano irreparável diante dos argumentos

⁶² ESTADOS UNIDOS (2012, p.13)

expostos em inicial. Dessa forma, também rejeitou pedido da Apple de suspender a comercialização dos produtos que supostamente violavam a patente da referida máquina automática de programa de computador.

O recurso à *United States Court of Appeals for the Federal Circuit* pela empresa Apple, se destinava a reverter a decisão da primeira instância. Entretanto, a corte federal acompanhou no mérito a decisão da corte distrital, mas fez ressalvas importantes quanto à patente do *tablet*.

A despeito do que estabeleceu a corte distrital em relação às outras três patentes, não foram levantados argumentos em exaustão sobre **a equidade da decisão nem sobre o interesse público** em relação à patente D'889 (os computadores *tablet*). Nos termos da decisão: "*The court conducted a detailed assessment of the balance of hardships with respect to the D'677 and '381 patents after finding that they were likely to survive a validity challenge. With respect to the D'899 patent, however, the district court has not determined the extent to which Samsung would be harmed if the sales of Galaxy Tab 10.1 were enjoined, and how the potential harm to Samsung resulting from entering an injunction compares to the potential harm to Apple should the district court deny interim relief. Nor has the district court evaluated the public interest at stake with respect to the sales of Samsung's Galaxy Tab 10.1*"⁶³.

Dessa maneira, a corte federal encaminhou o processo à origem para que fosse feito um aditamento na decisão, já que não é de competência da corte federal a análise de mérito, mas apenas para verificar se houve "*an abuse of discretion*" por parte da corte inferior. Procedimento este que ainda está sob análise.

2.2. - Considerações sobre o Processo

Ainda que não tenha transitado em julgado o referido caso, fica evidente, pela conformidade dos argumentos da decisão, que a exegese do tribunal está no sentido de negar o pedido de suspensão da comercialização dos produtos da *Samsung*. O aditamento está apenas no interesse de tornar a decisão coerente com a jurisprudência americana, que aborda os quatro fatores para conceder "pedidos cautelares".

⁶³ ESTADOS UNIDOS (2012, p.32)

Sendo assim, algumas considerações devem ser feitas antes de relacionar os elementos da decisão com as bases jurídicas do Direito Informático - e a tese defendida.

O caso trata de 4 patentes: duas de *design* de telefone celular, uma de seguimento de mercado e outra de **máquina automática de emprego necessário em programa de computador**.

As duas primeiras, por tratarem de patente de *design* e por ter sido negado o pedido da Apple em relação a elas apenas por falta de nexos causal entre o requerido e a tutela jurisdicional, não trazem temas importantes à análise feita no presente trabalho. Por isso, debruçar-se sobre elas de forma exaustiva não reforçaria de modo algum a tese aqui apresentada. Por outro lado, tanto o requerimento sobre a patente do *tablet* quanto a patente sobre a máquina automática de emprego necessário em programa de computador trazem idéias interessantes sobre o assunto abordado.

O direito americano, em diferença da prática brasileira, não apenas correlaciona o *fumus boni juris* e o *periculum in mora* para conceder pedidos cautelares. Vai além, e preceitua a necessária análise *in casu* tanto da equidade dos efeitos entre as partes da decisão judicial quanto do interesse público decorrente de tais efeitos. E isso é importante pois atribui ao próprio judiciário mecanismos de regulação de interesses residuais que por ventura sobressaíam-se àqueles pretendidos *inter partes*. Logicamente, como o preceituado no sistema de *checks and balances* americano, que essa análise de interesses públicos esbarra justamente na análise da equidade dos litigantes, para que dessa forma haja sempre um equilíbrio dos efeitos da tutela jurisdicional tanto de acordo com os interesses individuais quanto os interesses coletivos.

De acordo com a análise do processo em questão, verifica-se facilmente que a *Apple*, sob o pretexto de patente de produto e a relação com seu *design*, intentou não apenas requerer exclusividade na produção de invenção de sua autoria, mas pela generalidade do requerimento, de resguardar para si todo um segmento de mercado - o segmento dos *tablets*. Isso pode ser facilmente verificado quando da atenta análise dos termos do próprio requerimento. Uma superfície sensível ao toque associada com *hardware* e de desenho minimalista é a perfeita descrição de quase todos os computadores *tablets* existentes. E mais, pode ser a perfeita descrição para todos os

smartphones. Ou seja, não há os elementos originalidade nem atividade inventiva necessários ao processo de patente. Em razão disso, a corte federal americana, apesar de faltarem na decisão de primeira instância os elementos equidade e interesse social, acompanhou a corte distrital em negar o pedido de suspensão da comercialização dos produtos da *Samsung*; apenas devolvendo o processo à origem para as devidas emendas.

Em um raciocínio coerente, o questionamento pelo judiciário de patente concedida pela administração está amplamente amparado pelo Direito. Em primeiro lugar, não há uma sobreposição de competências entre os poderes executivo e judiciário pois a este cabe a obrigação de regular e coordenar os interesses legislativos cumpridos por aquele. E em segundo lugar, todo o sistema de patentes é regido pelo Direito de Propriedade Intelectual - e Direito Civil. Dessa forma, não há a possibilidade de excluir da competência judiciária qualquer ramo de aplicação do Direito.

Sendo assim, o questionamento da validade da patente por parte da justiça americana, ao interessar-se pelos termos equidade e interesse público, vai além da simples análise do bom direito ou da justiça jurídica na entrega da tutela jurisdicional. Há uma preocupação também com a sintonia entre as pautas públicas do Estado tanto em relação aos preceitos econômicos quanto aos de informática. O equilíbrio entre o privado e o público está assim valorizado e as chances de ser favorecida alguma desigualdade em qualquer seguimento da sociedade e do próprio Estado - mesmo que o interesse particular esteja garantido na resolução da lide.

De fato, lembrando o que foi dito pela advogada e criadora do *Firefox* Michel Backer, a judicialização de disputas de concorrência entre as gigantes empresas do segmento de informática pode significar uma perda desastrosa não apenas para os consumidores em geral, mas igualmente para todos aqueles interessados pelas pautas informáticas do Estado - o que, no modelo social e econômico atual, significa quase a integralidade de pessoas e relações entre elas, sejam estas jurídicas ou não.

Mais do que invenção, modelo de utilidade ou desenho industrial, as formas de patente são ao mesmo tempo um misto de interesse público e privado. Nesse sentido, acertadamente, a corte federal americana fez valer o princípio de direito informático (e do direito em geral) da necessidade de análise da função social da propriedade seja ela qual

for. A verificação da obviedade dos termos da patente apresentada pela *Apple* não concernia somente àqueles requisitos judiciais para se fazer a boa entrega da prestação jurisdicional. Mas sim, à responsabilidade que a administração tem de, antes de conceder qualquer tipo de requisição particular, verificar qual a influência de seu ato para as políticas estabelecidas pelo próprio executivo com os meios legais garantidos pelo legislativo - referindo-se aqui às normas regulatórias da concessão.

Seguindo então à análise da quarta patente, dificilmente diante da norma pode ser idealizada a verdadeira dimensão de sua aplicação. Os efeitos legislativos dependem da sua eficácia *in casu* para determinar sua completude. Assim, mesmo os Estados Unidos seguindo as normas internacionais do *copyright* e definir o programa de computador como elemento de direito autoral, foi reconhecida a validade da patente da função de *bounce-back* requerida pela *Apple*.

Tal função, nada mais é do que uma arquitetura dos módulos de programação estabelecidos pelo código de desenvolvedor arquetipados para garantir a funcionalidade de programa de computador. Seguindo a definição de *Software* dada pela Lei 9.609/98, o direito brasileiro preceitua que programa de computador é a "expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, **de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação (...)**"⁶⁴. Sendo assim, a patente da empresa americana, que teve sua validade reconhecida pela justiça dos Estados Unidos - seguidores da política do *copyright* -, alinha-se inteiramente com o conceito de máquina automática de tratamento da informação.

Houve, dessa forma, um reconhecimento de uma dupla definição de *Softwares* pela justiça americana. A máquina automática de tratamento da informação é o "*bounce-back feature*" - enquanto arquitetura dos módulos de programação disponíveis na linguagem programacional -, enquanto o *Software* em sentido estrito é a associação de tais máquinas para, quando em funcionamento, entregar a informação tratada por tais máquinas automáticas para fins determinados pelo desenvolvedor - que no caso é o sistema operacional *iOS*.

⁶⁴ BRASIL. Lei 9.609/98

Dessa maneira, fazer a distinção entre *Software* em sentido amplo e em sentido estrito passa a ser exegese fundamental para atribuir segurança jurídica para as relações concernentes à dicotomia direito autoral x direito de propriedade intelectual, e seus desdobramentos, no campo do Direito Informático.

Abre-se, dessa forma, um caminho para uma nova exegese dos ditames envolvendo os programas de computador não só no campo do Direito, mas igualmente no das Políticas Públicas e da Economia. Um entendimento global dos conceitos e dos desdobramentos fáticos do Direito Informático contribui para a própria compreensão da sociedade moderna. Dos bens jurídicos informáticos, apenas o *Software* apresenta características de direito autoral. Negligenciar a propriedade de titularidade dos programas de computador é não apenas um descaso, mas irresponsabilidade para com os anseios sociais. Ao garantir tutela de propriedade intelectual aos *Softwares* - mesmo que apenas para as máquinas automáticas -, garante-se maior coerência com os pressupostos constitucionais difundidos nos meios informático.

Os programas de computador são parte fundamental na construção da modernidade e elemento essencial ao desenvolvimento. Atribuir-lhe uma função social em decorrência do reconhecimento da titularidade de seus mecanismos é engrandecer em muito a importância dos programas de computador no meio social e do próprio Estado; e não apenas reconhece-los como instrumento "recreativo" ou "intelectual" junto a livros, filmes, pinturas e produtos com o fim em si mesmo.

3. A MÁQUINA AUTOMÁTICA DO SOFTWARE E SUA FUNÇÃO SOCIAL

De certo, ao construir-se tanto a base teórica quanto a fática, existem elementos para a construção responsável de qualquer raciocínio ou crítica nos moldes da boa exegese. Sendo assim, resta coordenar o que já foi apresentado para que, ao final da argumentação, a conclusão seja apenas consequência da expectativa por um melhor Direito.

3.1. - O descompasso entre interesses públicos e privados nas pautas informáticas reguladas pelo judiciário.

Claramente, da análise do caso *Apple Inc. Vs. Samsung Electronics Co.* apresentado no Capítulo 2 ⁶⁵, verifica-se que a contenda judicial gira em torno, não apenas do justo resguardo da propriedade para fins comerciais, mas o olhar atento pode mostrar um verdadeiro interesse da reclamante de eliminar do mercado a reclamada usando como subterfúgio a suposta violação de patentes.

A começar, as patentes analisadas e reclamadas apresentavam, mesmo que duas delas tenham tido sua validade confirmada, um alto grau de obviedade conforme o destacado pela corte federal americana; consequentemente, nos leva a crer que, em razão da alta capacidade técnica dos profissionais que integram as ações da reclamante, que a falta de detalhamento das requisições de patentes foi algo deliberado e não por falta de conhecimento, seja informático - na concepção do produto - seja jurídico - na consultoria pelas possíveis consequências de um alto grau de abstração da patente.

Em segundo lugar, a reclamante não conseguiu provar em nenhum dos casos que haveria efetivo dano irreparável diante das supostas violações. Isso nos leva a idéia de que mesmo diante do reconhecimento do desrespeito à normas de direito de propriedade intelectual, há a necessidade de observar-se o fator prejuízo para que haja nexo de causalidade e possa ser evidenciada a responsabilidade civil da reclamada. Ou seja, a violação em si não gera quaisquer efeitos jurídicos vez que a configuração de dano não foi confirmada.

⁶⁵ E tantos outros como o *Mirror World Vs. Apple Inc.* ou *Samsung Electronics Co. Vs. Apple Inc.*, todos *precedential cases*.

E por último, e mais importante para que fosse negado o pedido da reclamante, do reconhecimento pela justiça americana da necessidade de serem estudados o interesse social e a equidade da decisão entre as partes, respeitando assim a dicotomia interesse privado e público. Esses fatores entram na análise da corte federal visto que o paradigma americano sempre estabeleceu, historicamente, um respeito pelo interesse público mesmo em situações exclusivamente particulares. Ou seja, os eventuais desdobramentos de tutelas jurisdicionais ao particular sempre devem ser analisados também do ponto de vista público. O que gera maior segurança entre as pautas estatais e entre tais pautas e a sociedade.

Fica evidenciado, portanto, que a reclamante intentou resguardar, ao buscar o judiciário, mais do que um interesse que efetivamente o Direito lhe garantia, mas sim intentou produzir, pelas mãos da jurisprudência, um prejuízo injusto à reclamada.

Sendo a pauta informática algo muito recente para o Estado brasileiro e que questões como essa apenas surgem em Estados nos quais a própria economia e desenvolvimento já possibilitaram que grandes e pequenas empresas trabalhem como mercado de vanguarda, há que se olhar para as experiências de tais países para que equívocos não sejam cometidos quando for necessário entregar tutela jurisdicional em localidades onde tal prática ainda não seja recorrente. Portanto, caso o processo corresse aqui no Brasil, haveria uma grande possibilidade de que a reclamante saísse vitoriosa da contenda, já que a medida cautelar brasileira, não apresenta os requisitos de análise da equidade nem do interesse público.

Uma nova perspectiva hermenêutica é necessária caso apenas olhássemos para a experiência nacional sobre os interesses informáticos sem qualquer distinção entre os bens jurídicos de Direito Informático. Mas há um problema em relação a eles. Os programas de computador, a despeito dos *hardwares*, são tutelados pelo direito autoral, logo, não apresentam características jurídicas de propriedade, o que pode causar sérios transtornos ao mercado, consumidores e ao próprio Estado.

Em um simples exemplo, já que os direitos autorais são resguardados pela comprovação da anterioridade da produção e não pela concessão da permissão de exploração pelo Estado, um produtor sem ter conhecimento no mercado de produto similar ao seu, investe grande quantidade de recursos no desenvolvimento de

determinado programa de computador. Depois do lançamento do produto e anos de reconhecimento da eficiência e confiabilidade de seu produto, um outro produtor, que, antes do primeiro, desenvolveu produto similar, mas que não teve a capacidade de divulgá-lo, inseri-lo e dominar o mercado, reclama direito autoral por prova de anterioridade. Onde resta a segurança para aquele desenvolvedor que, de boa-fé, não plagiou nem baseou-se no produto anterior? Como isso poderia ser evitado, se o registro de programa de computador não está vinculado a nenhum órgão estatal? Certamente, a batalha judicial iria arrastar-se por alguns anos e quem perderia mais seria o próprio Estado por não ter sido capaz de evitar administrativamente tal problema.

Diante dessa situação, fazer um esforço hermenêutico é necessidade para que haja segurança jurídica para os desenvolvedores de *softwares* e, conseqüentemente, tendo em vista que os programas de computador são elementos essenciais para o desenvolvimento nacional, para que o próprio Estado avance em termos tecnológicos em geral.

3.2. - A máquina automática e o *software* em sentido estrito.

Uma das alternativas, diante da interpretação da Lei 9.609/98, seria a de separar o Programa de Computador em duas concepções: a de *software* em sentido estrito e a de máquina automática de tratamento de informação.

Para isso, vale rememorar as duas principais diferenças entre as tutelas da propriedade pelo direito autoral e pelo direito industrial. Quanto à origem do direito, as patentes (objetos do direito industrial) são constitutivas, ou seja, dependem de ato concessivo da administração para garantir-se o resguardo da titularidade de exploração econômica e, conseqüentemente, do aval do poder público; enquanto isso, as obras resguardadas pelo direito autoral, necessitam apenas a prova de anterioridade, ou seja, resta ao produtor demonstrar, a qualquer tempo, que desenvolveu a obra antes que os demais.

A segunda e importante distinção é quanto à extensão da tutela. O direito industrial protege a própria idéia inventiva enquanto o direito autoral define apenas a forma pela qual a idéia é expressa. Sobre esse assunto correlacionando-o com o *software*, Fábio Ulhoa Coelho diz que "a propósito dessa diferença, vale lembrar

que o programa de computador, por ser protegido pelo direito autoral, submete-se ao regime próprio desse gênero de propriedade intelectual. Em decorrência, é possível a qualquer um comercializar logiciários que atendam às mesmas necessidades dos já existentes no mercado, desde que não o reproduzam (o que configuraria plágio)"⁶⁶.

É claro, diante do já exposto, que os programas de computador são internacionalmente regulados pelos ditames de direito autoral, mas ao mesmo tempo sabe-se dos problemas que isso pode trazer. O *software* é elemento fundamental para a constituição da sociedade moderna, então talvez considerá-lo como simples produção autoral seria negligenciar sua real dimensão.

Na verdade, o programa de computador é composto de dois elementos, conforme a descrição precisa da Lei 9.609/98: 1) Um conjunto de instruções em linguagem natural ou codificada para funcionar de modo e para fins determinados (que chamaremos de *Software* em sentido estrito) e 2) uma máquina automática de tratamento da informação, que tem emprego necessário naquele conjunto de instruções em linguagem natural ou codificada.

Tal conjunto de instruções, ou *software* em sentido estrito, é, resumindo em poucas palavras, a "cara do produto". Ou seja, é a forma como as informações são apresentadas ao usuário associada com o fim do programa de computador. Para exemplificar, seria a página inicial do *Facebook* que o distingue do *Google+*, ambas plataformas de redes sociais. Apenas a expressão da idéia é resguardada já que não pode creditar-se ao programa de Zuckerberg a exclusividade da idéia de plataformas sociais na internet. Assim, faz total sentido atribuir ao *Software* em sentido estrito a tutela do direito autoral.

Por outro lado, o Programa de Computador não é apenas composto pela exteriorização de alguma idéia. Existe um código fonte, que é único para cada programa. Mas sua unicidade não advém da singularidade nas linhas de códigos. Conforme já argumentado, as empresas que desenvolvem as linguagens de programação disponibilizam módulos que reproduzem alguma função determinada nos sistemas. Sendo assim, o caráter único de cada programa de computador advém da forma como são arquitetados os diferentes módulos de programação para direcionar o programa aos fins

⁶⁶ COELHO (2009, p.146)

determinados. Ou seja, o programador deve dedicar seus estudos e intelecto para imaginar como irá funcionar o programa em todos os seus aspectos tentando prever as possíveis falhas de sistema e em atingir o fim esperado da forma mais eficiente possível (economia de memória, melhor uso da transmissão de dados, evitar a sobrecarga do sistema etc.). Essa é a máquina automática que processa as informações e as entrega ao *software* em sentido estrito para que este as apresente ao usuário e atinja os objetivos desejados pelo desenvolvedor.

Aqui, retornando ao exemplo fácil do *Facebook*, existem diversas máquinas automáticas de processamento da informação que constituem e abastecem os bancos de dados da rede social. O resguardo intelectual é dirigido não à idéia que cada uma das máquinas automáticas trazem (adicionar amigos, lançar ao banco de dados informações sobre conversas, criar eventos), mas sim é dirigido à idéia de arquitetura de tais módulos fornecidos pelas empresas de linguagem programacional - como exemplo a *Oracle* e sua linguagem *Java*.

Sendo assim, o Programa de Computador em sentido estrito representa a expressão da idéia de produto, enquanto a máquina automática de tratamento da informação representa a própria idéia de arquitetura programacional. Tanto é assim, que a *United States Court of Appeals for the Federal Circuit* não contestou a validade de patente do "*bounce-back feature*", máquina automática de processamento de informação integrante do Programa *iOs*, presente nos produtos da *Apple*. Fica claro então que, mesmo o direito americano seguindo a política do *copyright* (similar ao direito autoral), houve um tratamento de direito industrial a programa de computador - mais especificamente, à parte do programa que não representa o *software* em sentido estrito.

Dessa feita, atribuir à máquina automática de tratamento da informação a tutela de direito industrial significaria garantir que o caráter único dos programas de computador seja resguardado por instrumento mais seguro que o atribuído às obras literárias.

Haveria então uma identidade híbrida dos programas de computador. Os *softwares* em sentido estrito seriam considerados como obras associadas ao direito de autor, enquanto as máquinas automáticas, como patentes associadas ao direito industrial.

3.3. - A função social da máquina automática como exegese para garantir-se a homeostase de interesses públicos e privados.

Dessa maneira, outro grande problema será evitado quando surgirem efetivas discussões judiciais em matéria de propriedade em direito informático. Não há o que se falar da conseqüente relação entre propriedade e sua função social. Agora, existe interpretação que possibilitaria, não apenas aos *hardwares*, mas também para que os programas de computador fossem diretamente relacionados com sua evidente função social.

Da titularidade dos *Softwares* decorreriam algumas conseqüências, podendo ser elencadas as seguintes: 1) aumento da segurança jurídica para os bens informáticos, 2) extensão ao crivo da administração das patentes de máquinas automáticas para que elas não interfiram nas pautas informáticas (assim como o intentado pela *Apple*, descrito no Capítulo 2), 3) uma valoração da função social na análise de cautelares pelo judiciário nacional, dentre outras.

A segurança jurídica está justamente na expectativa do desenvolvedor de boa-fé ter a titularidade daquilo para o qual foi investido além de vários meses de trabalho e muito dinheiro. O mercado estaria melhor regulado pois os interesses particulares passariam pelos critérios diretivos estatais durante a concessão da patente. E tudo isso estaria sob o olhar atento do judiciário ao dirimir conflito de direito informático.

O interesse público deve estar sempre em questão. Principalmente, em se tratando de assunto tão importante para o desenvolvimento nacional, que é o desenvolvimento tecnológico ao garantirem-se as melhores condições para o particular (e também os órgãos públicos) articular suas invenções e idéias de forma econômica.

4. CONCLUSÕES

Uma nova exegese para uma nova realidade. A nova proposta de interpretação da norma não vai além daqueles preceitos básicos da hermenêutica. E, segundo o Ministro do Supremo Tribunal Federal Marco Aurélio, nenhum "salto mortal carpado interpretativo" foi feito para defender-se a titularidade das máquinas informáticas e sua consequente função social.

Da lacuna vislumbrada por meio da experiência jurisprudencial estrangeira até veladas críticas ao modelo de julgamento das cautelares brasileiras, há que ressaltar-se por derradeira vez que sempre o interesse público é que estava sendo defendido. Evitar que haja um domínio de empresas que já monopolizam o mercado de programas de computador e permitir que incentivos sejam criados para que desenvolvedores nacionais expressem suas idéias de forma econômica é o mesmo que criar-se lastros para o desenvolvimento nacional.

A função social da propriedade deveria ser lembrada em qualquer esfera de discussão. Esquecer dela quando da análise dos bens jurídicos de Direito Informático de maior importância é quase heresia.

Devemos aceitar, igualmente, que o Brasil não apresenta, ainda, força econômica ou de produção industrial na questão de programas de computador e sua difusão no mercado. Mas seria um bom começo dar aos desenvolvedores algum subsídio para que nele acreditem e amparem seus sonhos, mesmo que ele seja apenas de uma segurança jurídica conferida pelo Direito.

Realmente, um bom começo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARGUELHES, DIEGO W.; SOUZA, CARLOS A. P. e FALCÃO, JOAQUIM. A Constituição e o Software Livre. In: **Direito do Software Livre e a Administração Pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BAKER, MITCHELL. In: As inovações em Julgamento. **Revista Veja**, São Paulo, p.17-21, 21 de novembro. 2012.

BRASIL. Lei nº 9.906, de 19 de fevereiro de 1998.

CASTRO, ALDEMÁRIO ARAÚJO. **Informática Jurídica e Direito da Informática**. Maceió, 2007. Disponível em: <<http://www.aldemario.adv.br/infojur/indiceij.htm>>. Acesso em: 27 de Novembro de 2012.

COELHO, FÁBIO ULHOA. **Curso de Direito Comercial - Direito da Empresa**, Vol. 1. 13ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

DWORKIN, RONALD. **Uma questão de princípios**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ESTADOS UNIDOS. *Superior Court of Appels for the Federal Circuit*. Appel nº 2012-1105 - Apple vs. Samsung. 2012.

MAMEDE, GLADSTONE. **Direito Empresarial Brasileiro - Empresa e Atuação Empresarial**, Vol. 1, 6ª Edição, São Paulo: Editora Atlas, 2012.

PAESANI, LILIANA MINARDI. **Direito de Informática - Comercialização e Desenvolvimento Internacional do Software**. 8ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

_____. **Direito e Internet - Liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. 5ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

PAIVA, MÁRIO ANTÔNIO LOBATO DE. **Os Institutos de Direito Informático**. Pará, 2003. Disponível em:

<http://www.escriptorioonline.com/webnews/noticia.php?id_noticia=2925&>. Acesso em: 27 de Novembro de 2012.

SUNDFELD, CARLOS ARI. **Fundamentos de Direito Público**. 4ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.